BIBLIOTHECAE
ELECTORALIS
MONACENSIS.
Ch. Wink. del.
Söckler sc. 1779.

Jus 1986,a
Jur. Opp. 19

Rechtliche
Bemerkungen und Ausführungen.

Von

Dr. Joh. Bernh. Christ. Eichmann.

Bayreuth, 1803.
Bey Johann Andreas Lübecks Erben.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Einige

Worte an die Leser.

Nach meiner Ueberzeugung führen Schriften der Art, wozu die gegenwärtige gehöret, zu nützlichern Zwecken, als manche andere. Dieses ist der Grund, warum ich nach dem Verlangen einiger schätzbaren Rechtsgelehrten, welche ich meine Freunde nennen darf, diese Schrift erscheinen lasse. Sie enthält nur einen kleinen Theil

der

der Bemerkungen, die ich in Nebenstunden gemacht habe. Schmeichelhaft wird es mir seyn, wenn Kenner der Sache sie einigermaßen ihres Beyfalls würdigen.

Altenburg, den 16. März
1803.

Dr. Eichmann.

No. 1

No. I.

Beytrag

zu der Lehre, inwiefern ein Kind, welches mittelbar dem Vater im Lehn succediret, dessen Allodialschulden zu bezahlen verbunden sey, und zur Erläuterung des Longobardischen Lehnsgesetzes II. Feud. 45.

Erster Abschnitt.

Vortrag eines Rechtsfalls und der dabey vorgekommenen Rechtsfrage.

§. 1.

Julian, welcher mehrere Lehngüter in den herzoglich Sächsischen Landen besitzt, die successive Weiberlehen der Art sind, daß die von dem letzten Besitzer abstammenden Weibspersonen die Seitenverwandten ohne Unterschied ausschließen, und bey dessen ohne Descendenz erfolgtem Ableben die Weibspersonen in der nächsten Linie den Vorzug vor den Agnaten der entfernten Linien genießen, setzt in einem errichteten Testament seinen einzigen Sohn A. und seine drey Töchter B. C. und D. zu Universalerben ein, giebt aber dieser Erb-

einsetzung unter andern auch folgende, mit einer deutlichen und wiederholten Willenserklärung, daß seine vorhandene Schulden bezahlt werden sollen, verbundene Bestimmungen: „— — 1) der sämmtliche Nachlaß an Lehen und Erbe soll solange, als meine Ehegattin am Leben seyn wird, unvertheilt bleiben und letzterer der Nießbrauch und die Administration desselben überlassen seyn, sie aber auch für die Verminderung der vorhandenen Schulden nach Möglichkeit sorgen; 2) nach ihrem Ableben sollen meine vier Kinder und Erben sich in meinen gesammten Nachlaß zwar dergestalt theilen, daß mein Sohn, außer den an sich ihm gebührenden Lehngütern, auch das gesammte dabey befindliche Allodium, ingleichen alle von mir herrührende Mobilien, soviel deren noch vorhanden, mithin den ganzen Umfang meines Nachlasses an Lehen und Erbe, mit Ausschluß meiner Töchter, erhält, und derselbe an jede der letztern zu ihrer Abfindung von dem Mobiliar- und Allodialnachlasse und zur Erbportion von dem gesammten Vermögen 3000 Thlr. zu der bestimmten Zeit auszahlt, er aber auch zur alleinigen Uebernahme aller alsdann noch vorhandenen Passivschulden verbunden seyn; 3) ob ich mich gleich zu der guten Denkungsart meiner Töchter an sich versehe, daß ihnen dieser mein letzter Wille heilig und keine derselben gesonnen seyn werde, denselben anzufechten, besonders da meine Passivschulden, zu welchen auch die Lehnsschulden und das inferirte Vermögen meiner Ehegattin mit gehören, den Werth meines Mobiliar- und Allodial-Vermögens übersteigen, mithin bey dem gänzlichen

Abgange

Abgange alles Allodialvermögens der Auswurf eines meinen Töchtern gebührenden Pflichttheils von selbst wegfällt, und von der genauen Befolgung der wegen Bezahlung der überkommenen Schulden getroffenen Einrichtungen die Erhaltung der Lehngüter abhangen wird; so verordne ich jedoch hiermit zum Ueberflusse auf diesen unverhofften Fall, daß diejenige meiner Töchter, welche sich beygehen lassen wird, etwas gegen meine väterliche Disposition einzuwenden, unter welcherley Vorwand es auch seyn mag, sogleich dadurch der ihr ausgesetzten Erbportion von 3000 Thlrn., so wie der festgesetzten einstweiligen Alimentengelder von 200 Thlrn. völlig verlustig seyn und dieselbe meinem Sohne zufallen, sie aber um so mehr nur den Betrag ihres Antheils an dem mütterlichen Vermögen zu verlangen befugt seyn soll, je mehr schon bemerktermaßen die passiua, zu welchen auch die Lehnschulden und das inferirte Vermögen meiner Frau mitgehören, den Werth meines Allodialvermögens übersteigen, mithin bey dem gänzlichen Abgange alles Allodialvermögens der Auswurf eines meinen Töchtern gebührenden Pflichttheiles von selbst wegfällt und eine Ausstattung der Töchter aus dem Lehn, wenn sie mütterliches Vermögen erhalten, nach bewährter Rechtslehrer Meinung nicht statt findet" — — —.

§. 2.

Nach Julians Tode übernimmt desselben hinterlassene Wittwe, in Gemäßheit seines letzten Willens, die Administration des Nachlasses, und nach deren

bald hierauf erfolgtem Ableben wird letzteres auf die bestimmte Art vertheilet. Alle Interessenten sind übrigens mit jenem letzten Willen vollkommen zufrieden und die Töchter suchen und erhalten auch die Mitbelehnschaft an den hinterlassenen, ihrem Bruder A. angefallenen Lehngütern. Da nun der Fall zu erwarten ist, daß Letzterer, ohne Hinterlassung einiger Descendenz, mit Tode abgehen werde; so entstehet die Frage: Können desselben Schwestern B. C. und D., welchen auf jenen Fall die gedachten Lehngüter, ihrer beschriebenen Natur nach, anfallen, durch Ausschlagung der brüderlichen Erbschaft, die Verbindlichkeit, die noch nicht abgetragenen väterlichen Allodialschulden zu bezahlen, von sich ablehnen?

Zweyter Abschnitt.

Gründe, welche für die Meinung der Schwestern B. C. D., daß diese Frage zu ihrem Vortheile zu entscheiden sey, angeführet werden.

§. 1.

Erster Grund.

Wenn auch, sagt man,

1) die Verordnung II. Feud. 45, womit II. Feud. 51. §. 4. zu vergleichen ist, die in den Gesetzen nachgelassene Freyheit, die angefallene Erbschaft eines Vasallen auszuschlagen und demselben in dem Lehn, weil es nicht zur Erbschaft gehöret, zu folgen, einschränkt, und

indem

indem es einen Unterschied inter agnatos et filios vasalli macht, zwar erstern, keinesweges aber letztern dergleichen verstattet, auch diese solchen Falls die våterliche Verbindlichkeit anzuerkennen, für schuldig erachtet; so ist doch bey dem vorliegenden Falle nicht mehr von der våterlichen Erbschaft und einer Succession in des Vaters Lehngüter, sondern von der brüderlichen Erbschaft und einer Succession in des Bruders Lehngüter, vermöge der nach des Vaters Tode erlangten Mitbelehnschaft, die Rede; und muß daher die in jenen Gesetzen ratione agnatorum et propinquorum uneingeschränkt gebliebene Freyheit den Schwestern B. C. und D. um so mehr zu Statten kommen, da,

§. 2.

Zweyter Grund

2) wenn auch die von dem Bruder A. hinterlassenen Lehngüter våterliche Lehen genannt werden können, und sie auch Erben ihres Vaters worden sind, dennoch erstens in dem gedachten Testament ausdrücklich verordnet worden ist, daß der Sohn zur alleinigen Uebernahme aller vorhandenen Passivschulden verbunden seyn soll, zweytens Erben in re certa, wofür diese Schwestern gehalten werden müssen, die Rechte der Legatarien haben, und zur Bezahlung der Schulden des Testirers etwas beyzutragen nicht schuldig sind, und drittens ihnen das våterliche Erbe nicht sogleich mit der Lehnsfolge angefallen ist, indem der Allodialnachlaß des Bruders rechtlich nicht mehr als våter-

liche

liche Allodialverlassenschaft betrachtet werden kann. Hieraus glaubt man schließen zu können, daß der Fall jener gesetzlichen Disposition, welche einem Descendenten zur alternativen Obliegenheit macht, das Lehn und Allodium zugleich entweder auszuschlagen, oder anzunehmen, und ihm, wenn letzteres geschiehet, die Anerkennung der väterlichen Verbindlichkeiten auflegt, hier gar nicht vorhanden und daher dieses Gesetz auf den gegenwärtigen Fall eben so wenig anwendbar sey, als wenn ein Sohn, nach dem mit Schuldenhinterlassung erfolgten Ableben seines Vaters, dessen Erbe er bey dem besten Willen nicht hat werden können, seinem Großvater in dem Lehn succediret a).

§. 3.

Dritter Grund.

Diesen Schluß soll

3) die Behauptung noch bündiger machen, daß der Text II. Feud. 45. nicht nur von feudis nouis und von Erblehn rede, sondern auch als ein Pönalgesetz einschränkend erkläret werden müsse b), mithin derselbe auch aus diesem Grunde, eben so wenig von einem solchen Falle, bey welchem Lehn und Erbe dem Descendenten nicht zugleich anfällt, als von Töchtern und Enkeln, welche das Wort, filius, nicht begreife, verstanden werden dürfe.

§. 4.

a) von Kamptz Versuch über II. Feud. 45. S. 107 und Klüber in der juristischen Bibliothek. B. 4. S. 191.

b) von Braun in der Abhandlung: ob der Sohn das Lehn behalten und die väterliche Erbschaft fahren lassen könne? Schotts jurist. Wochenbl. B. 4. St. 1. S. 15. u. 16.

§. 4.

Vierter Grund.

Endlich

4) glaubt man, daß, wenn alle diese Gründe nicht ausreichend seyn sollten, dennoch mit Recht angeführt werden könnte, daß nach den teutschen Rechten der Descendent das Lehn und Erbe willkührlich habe trennen und hierdurch sich von Bezahlung der väterlichen Allodialschulden befreyen können c), in den Herzoglich-Sächsischen Landen aber das teutsche Recht beybehalten und den Söhnen die Freyheit das Lehn zu behalten und das Erbe fahren zu lassen, verstattet worden sey d); mit-

c) Sächsisches Landrecht B. 2. Art. 21. B. 1. Art. 9. Sächsisches Lehnrecht Kap. 55 der Schilterschen Ausgabe. Schwäbisch Lehnrecht K. 83. 89 u. 98 der Schilterschen Ausgabe. Lyncker in anal. ad Struvii iurisprud. feud. c. 9. aphor. 11. Ludolf de iure primogen. aphor. 6. §. 6, Gail lib. II. obs. 204. n. 4 et 5, Mynsinger centur. 3. obs. 61, Schrader in tract. de feudis. Vol. I. p. 7. c. 5. n. 74. Christinaeus in decis. pract. quaestion. Vol. I. decis. 239. no. 29 et 30. Reinhardt ad Christinaei decis. obs. 52. Braun a. a. O. S. 19. Hellfeld in Elem. iur. feud. §. 254. Lauhn in der Abhandlung von der Lehnsfolge der Söhne mit oder ohne Allodialvermögen, in Schotts jurist. Wochenbl. B. 3. S. 57 u. f. Senkenberg in primis lineis iuris feud. p. II. c. 16. §. 418. Iust. Ludw. Becht. Boehmer in tract. de filio vasalli successore in feudum §. 15. not. 1. p. 23. Ioh. Frid. Kobe in comment. de pecunia mutuatitia tuto collocanda cap. 6. §. 71. pag. 132. von Kamptz in der angeführten Schrift §. 14. S. 80.

d) Fechsius et Reinhardt in different. iur. civil. et Saxonici lib. I. different. 7. Zobel in different. iur.

mithin der mehrerwähnte Text II. Feud. 45., wenn man ihn auch von einem solchen Falle, als der angenommene ist, verstehen könnte, um so weniger den Töchtern B. C. und D. entgegenstehe, da sie, wenn sie das noch vorhandene väterliche Erbe, welches jedoch nun mehr als brüderliches Erbe zu betrachten sey, nicht ausschlagen dürfen, auch die neuerlich gewürkten brüderlichen Schulden zu bezahlen verbunden seyn, hierdurch aber wider den klaren Innhalt und Geist der Gesetze beschweret werden würden. —

Dritter Abschnitt.

Gründe für die verneinende Entscheidung jener Frage.

§. 1.

Erster Grund.

So wichtig nun aber die angeführten Gründe den Schwestern vorkommen, so wenig kann ich mich dennoch überzeugen, daß jene Frage für sie zu entscheiden sey; denn die für die verneinende Beantwortung derselben sprechenden Gründe sind überwiegend.

1) Nach

iur. civil. et Saxon. p. 3. different. 47. Colerus in decis. p. I. decis. 79, Carpzow p. II, constit. 47. def. 4. Io. Volk. Bechmann in vsu pract. feud. exercitat. 1. pag. 28. n. 3. Lauhn in der angeführten Schrift S. 69.

1) Nach der Verordnung II. Feud. 45. soll der Sohn eines Lehnmannes das Lehn nicht anders, als zugleich mit der väterlichen Erbschaft annehmen, er soll also auch, wenn er des Vaters Lehn haben will, dessen Erbe werden und die Erbschaftslasten, — onus hereditarium — übernehmen, mithin nach der ohne Zweifel richtigern Meinung, die Verbindlichkeiten seines väterlichen Erblassers soweit erfüllen, als nach der besondern Beschaffenheit des Lehns und der Lehnsgesetze solches geschehen kann e). Da nun die gedachten Schwestern B. C. und D. Erben ihres Vaters geworden sind und ihnen auch die väterlichen Lehngüter, worein sie, ihrer eignen Natur wegen, nicht sofort nach ihres Vaters Ableben mit ihrem Bruder succediren konnten, nach des letztern Absterben anfallen, mithin die Eigenschaft eines Erben mit der eines Lehnfolgers vereiniget wird; so ist auch der Fall, bey welchem die Erfüllung der gedachten Pflichten eines Erben als eine nothwendige Folge eintreten soll, um so gewisser vorhanden, als nach der Longobardischen Legislation der Zweck der Verknüpfung der verschiedenen Eigenschaften eines Lehnfolgers und eines Allodialerben nothwendigerweise darin gesetzet werden muß, daß ein solcher Sohn als Erbe verpflichtet werde, auch mit dem Lehn gedachtermaßen für die väterlichen Allodialschulden zu haften.

e) Daß jenes Gesetz keinen Einfluß auf die Lehnshandlungen des Vaters habe, ist außer Zweifel. Ueberhaupt scheint auch der Herr Professor Dabelow in der Schrift von Lehnsschulden S. 88 und 89 mit Recht zu behaupten, daß dem Longobardischen Lehnrecht die eigentlichen Lehnsschulden ganz unbekannt gewesen seyn.

haften. Zwar führt der Herr von Kamptz f) dagegen folgendes an: „die in dem Gesetz zu zwey verschiedenen Malen geschehene Erwähnung der Allodialschulden und deren Bezahlung ist nicht der Zweck desselben. Es giebt nirgends auch nicht mit dem geringsten Buchstaben einen Wink über seinen Zweck; es sagt nicht, der Sohn soll Lehns- und Allodialfolger zugleich seyn, damit die Allodialschulden des Vaters mit dem Lehn bezahlet werden; sondern es führet nur dasjenige an, was sich von selbst verstehet, daß nemlich der Sohn, wenn er beydes zugleich worden ist, die väterlichen Allodialschulden mit dem Lehn bezahlen müsse; vielmehr hat der Gesetzgeber durch sein Gesetz weiter nichts bezwecken wollen, als daß der Sohn durch den widrigenfalls angedrohten Verlust des Lehns bewogen werden soll, seinem Vater die vermeintliche Unehre, daß sich zu seiner mit Repräsentation verknüpften Erbfolge kein Erbe finden sollte, zu ersparen." Allein dieser Vortrag enthält, wie mir dünkt, mehrere Unrichtigkeiten. Offenbar ist hier der nächste Zweck der Disposition, wodurch lediglich die Eigenschaften eines Lehnfolgers und Allodialerben mit einander verknüpft werden, mit dem entfernten dieser Disposition, oder dem Zwecke des ganzen Gesetzes, insofern es vom Sohne redet und ihm, für die väterlichen Schulden zu haften, auflegt, ver-

f) In der angezeigten Schrift S. 13. Daß der angeführte Text II. Feud. 45 auf Reichslehen nicht anwendbar sey, hat der Herr von Kamptz in der neuern Schrift: „Erörterung der Verbindlichkeiten des weltlichen Reichsfürsten aus den Handlungen seines Vorfahren, (Neustrelitz 1800)" gründlich gezeigt.

verwechselt. Selbst der Herr von Kamptz giebt zu, daß die dispositive Erwähnung der Allodialschulden und deren Bezahlung Wirkung jener Eigenschaftsverknüpfung sey, woran man auch um so weniger zweifeln kann, weil der Urheber des Gesetzes den Fall vor Augen gehabt haben muß, wo das Allodium zur Erfüllung der Verbindlichkeiten des Erblassers nicht hinreicht. Ist aber dieses richtig und verhalten sich daher diese Dispositionen über die Nichttrennung des Allods von dem Lehn und die Bezahlung der Allodialschulden, wie Ursache und Wirkung zu einander, so wird auch die Behauptung, daß der Zweck der erstern die Bezahlung solcher Schulden gewesen sey, um so mehr gerechtfertiget, als der Regel nach ein Mensch mit dem Wollen der Ursache die Absicht der Wirkungeu verbindet und verbinden soll, und in unsern Text sogar die Wirkung jener Disposition dispositiv angegeben ist. Daß der Compilator des Lehnrechts sich hierbey der Worte: damit, oder daß, nicht bedienet hat, kann um so weniger einige rechtliche Erwägung verdienen, weil der Gesetzgeber den Zweck einer Disposition überhaupt nicht und alsdann am allerwenigsten anzugeben hat, wenn er in der Natur der Sache und den bestimmten rechtlichen Verhältnissen liegt. Der Feudist g) wußte nach seiner Bekanntschaft mit den römischen Gesetzen, daß fei-

g) Der Feudist benuzte nicht nur oft bey seinem Lehnrechtsbuche Ausdrücke des römischen Rechts, sondern legte auch oft römische Rechtssätze zum Grunde. Er selbst sagt II. Feud. I. pr. Legum romanorum non est

ein Erbe für die Schulden seines Erblassers stehen muß, und konnte daher aus Mangel an Bewegungsgründen das, was er beabsichtigte, nach der Form eines Zweckes anzugeben, sich gar wohl damit begnügen, der Allodialschulden, oder des oneris hereditarii in der Verordnung dispositiv zu erwähnen. Man kann sich daher auch so ausdrücken: Die Gesetzgeber wollten einen positiv rechtlichen Grund zur Rechtfertigung der Bestimmung, daß ein Sohn die väterlichen Allodialschulden übernehmen solle, angeben; sie fanden dergleichen in jener Eigenschaftsverknüpfung und deswegen beliebte ihnen eine solche Sanktion. Was will nun aber wohl die ganze Legislation, insofern sie den Sohn betrifft, oder dadurch bezwecken, daß der Sohn eines Lehnmannes das Lehn nicht anders, als zugleich mit der väterlichen Allodialverlassenschaft annehmen und daher die Schulden seines Vaters gelten soll? — eine Frage, die von der: was war der Zweck der schon gedachten Eigenschaftsverknüpfung? sehr verschieden, von dem Herrn von Kamptz aber irrig damit verwechselt worden ist. Will man aber auch annehmen, daß die Absicht desselben gewesen sey, die Frage so zu stellen; so wird sie dennoch durch die Behauptung, daß jener Zweck in der Abwendung der vermeintlichen Unehre des Erblassers, welche durch Nichtauffindung eines Erben ihm erwachsen, zu suchen sey, auf eine nicht befriedigende Art

est vilis auctoritas, sed non adeo vim suam extendunt, vt vsum vincant aut mores. M. s. a. Versuch einer Auslegung dunkler Gesetze von D. Karl Reichhelm S. 26 und 83.

Art beantwortet. Zwar suchten die Römer, welche für schimpflich hielten, wenn nach ihrem Tode über ihr Vermögen ein Concurs entstand und die Güter unter ihrem Namen öffentlich verkauft wurden, dieser Beschimpfung dadurch zu entgehen, daß sie einen Sklaven zum Erben ernannten, unter dessen Namen nun die Sachen öffentlich verkauft wurden; allein zur Zeit der Entstehung jenes Gesetzes war die besondere Art und Weise der öffentlichen Versteigerung solcher Güter, weshalb man besonders sie für schimpflich hielte, nicht mehr üblich, mithin war auch daher sowohl als aus andern Gründen ein Schimpf dieser Art zu jener Zeit nicht mehr zu befürchten. Auch die üble Nachrede eines schlechten Haushalters konnte durch dergleichen Verfügungen nicht verhindert werden; denn ein gesunder Kopf siehet bey dem Urtheil über die schlechte Haushaltung eines Menschen lediglich auf dessen eigne Handlungen und nicht auf dasjenige, was sein Descendent thut, um den nachtheiligen Eindruck, welchen dergleichen Haushaltung macht, zu mildern. Dieß mußte der Gesetzgeber wissen, und wissen, daß eine solche Verfügung lediglich den lauten Unwillen der Gläubiger vermindern könnte. Hätte überdieß, wie Herr von Kamptz, obwohl ganz irrig behauptet, dem Sohne frey gestanden, sich durch Errichtung eines für den Erblasser für schimpflich gehaltenen Güterverzeichnisses von der Verbindlichkeit zu befreyen, mit den Lehnseinkünften für die Allodialschulden zu haften; so würde noch viel weniger und überhaupt auf keine Weise durch dergleichen Verfügung eine solche üble Nachrede

haben

haben vermieden werden können h). Vielmehr kann man daher mit Grund annehmen, daß unsere Verordnung die Aufrechthaltung des Credits des Vasallen überhaupt und besonders zur bessern Verwaltung des Lehns, zugleich aber auch eine Begünstigung der Gläubiger zur Absicht gehabt habe. Ein Vasall, welcher wegen künftiger Befolgung seiner Allodialverfügungen gesichert ist, wird nicht mehr einen, in vieler Rücksicht nachtheiligen, Unterschied zwischen Allodium und Lehn machen, und nicht auf die Vermehrung des erstern zum Nachtheil des letztern Bedacht nehmen; auch wird er, wenn die Nachfolger seine Verbindlichkeiten anerkennen müssen, Gläubiger genug finden, welche ihm bey seinem guten Willen, das Lehngut zu verbessern, dergleichen er bey solchen Umständen zu haben geneigt seyn muß, unterstützen. Es verdienen aber auch die Gläubiger einige Begünstigung, weil sie gemeiniglich nicht leicht untersuchen können, was Allodium und was Lehn ist, und daher in Hinsicht auf das ganze Vermögen, was der Vasall besitzt, zum Credit bewogen werden. Da wir auf diesen Zweck durch Considerationen geführt werden, welche man bey unserer Legislation nicht nur gehabt haben kann, sondern auch der natürlichen Verhältnisse wegen gehabt haben muß; so dürfte derselbe doch wohl dem vorher bemerkten, der zu jener Zeit wenig, oder gar keine Realität haben, mithin auch kein Motiv zu einer gesetzlichen Bestimmung abgeben konnte, ohne Zweifel vorzuziehen seyn. Es spricht daher der

h) M. s. u. die in der Jenaischen allgem. Litter. Z. enthaltene Recension über die von Kampzische schon angef. Schrift.

der von uns angenommene Zweck jener Verordnung sowohl, als letztere selbst, nach welcher ein Descendent, wenn er seines Vaters Erbe wird und auch dessen Lehn bekommt, mit dem Lehn für die Allodialschulden haften soll, wider die Schwestern B. C. und D. um so mehr, da hiermit auch sogar der Grund, worauf dieser Unterschied beruhet, welchen die Legislation zwischen Agnaten und Descendenten macht, vollkommen übereinstimmt. Zwar sagt der Herr von Kamptz i): — Vergebens sucht man bey den Longobardischen Gesetzgebern Belehrung darüber, warum die Lehnsfolge in der Person des Sohnes von der Allodialerbschaft unzertrennlich, hingegen in der des Agnaten trennbar seyn soll, und hat daher die Supplirung jener legislatorischen Pflicht die Rechtsgelehrten von jeher stark beschäftiget; ich muß aber aufrichtig bekennen, daß ich keinen hinreichenden Grund einsehe, welchen man diesem Gesetz unterlegen kann. — — Allein da Herr von Kamptz den Ausleger vorhandener Gesetze machen und keine neue Gesetzgebung schaffen wollte, so hatte er zuversichtlich nicht zu untersuchen, ob ein hinreichender Grund zu einem solchen Unterschiede zwischen Agnaten und Descendenten vorhanden gewesen sey, sondern mußte sich vielmehr mit Auffindung des Grundes überhaupt, welcher die Gesetzgeber auf jenen Unterschied geführet hat, beschäftigen. Auch kann bey einer solchen Beschäftigung von Supplirung der legislatorischen Pflicht gar nicht die Rede seyn, weil nicht zu erweisen ist, daß den Gesetzgebern dergleichen Pflicht obliege. Gesetzt aber

i) a. a. O. S. 25 bis 31.

aber auch, es ließe sich im Allgemeinen dergleichen Behauptung rechtfertigen, obwohl ohne Zweifel mehr Gründe dagegen, als dafür angegeben werden können; so ist dennoch den Gesetzgebern eine Dispensation hiervon sehr verzeihlich, wenn hinlängliche Considerationen die Angabe eines solchen Grunds als etwas unnützes und überflüssiges darstellen. Und dieses war der Fall bey unserer Legislation, denn natürliche und rechtliche Verhältnisse, welche zwischen einem Vasallen und seinen Descendenten, keinesweges aber zwischen einem Vasallen und seinen Seitenverwandten Statt finden, dienen unsern Gesetzgebern wegen des gemachten Unterschiedes zwischen Agnaten und Descendenten zur schönsten Rechtfertigung. Schon nach der Natur ist die Verbindung zwischen einem Vater und seinen Descendenten weit stärker und enger, als zwischen Seitenverwandten. Dasjenige, was durch meine erlaubte Handlung wirklich wird, gehöret mir dergestalt, daß ich darüber ordnen kann; es muß dahero auch den Eltern in Ansehung ihrer Kinder, welchen sie das Leben durch eine erlaubte Handlung gegeben haben, ein solches Recht, welchem jedoch schon die Menschheit der Kinder richtige und gewisse Gränzen setzt, zustehen. Auch erlangen Kinder alle ihre Geburtsrechte durch die Eltern, und der Vater kann sogar selbst in Ansehung der durch die Lehnsfolge auf ihn gekommenen Lehngüter als erster Erwerber gewissermaßen angesehen werden. Das positive Recht erkennet eine solche starke Verbindung selbst in Ansehung der rechtlichen Wirkungen unter mancherley bekannten Bestimmungen an. Es will daher besonders

ders auch in Absicht der Lehengüter, daß niemand Lehn, denn der Vater auf den Sohn erben soll k); es verordnet sogar, daß die Strafe der Felonie, welche den Vater trifft, sich auch auf die Descendenten erstrecken soll und verstattet dem Vater in Ansehung seiner Descendenten gewisse Dispositionsrechte über ein durch die Lehnsfolge auf ihn gekommenes Lehngut. Diese Verbindung und die daher entstehenden Verhältnisse zwischen einem Vater und seinen Descendenten, welche zwischen Seitenverwandten nicht Statt finden, und die daher auch ihr Recht auf ein Lehn aus andern Quellen herleiten müssen, verbunden mit der Consideration, daß Kinder nicht selten bey Lebzeiten ihres Vaters einen großen Theil des Allodialvermögens mit aufgezehret und letztern, Schulden zu machen, veranlasset haben, mithin dieselben, wenn sie die Allodialschulden nicht bezahlen sollten, mit dem Schaden unschuldiger Gläu-

k) Auct. Vet. de beneficiis c. 1. §. 24 et 25. Sächsisches Lehnrecht Art. 21. Schwäbisches Lehnrecht Kap. 18. §. 2 der Senckenberg. Ausgabe. Kaiser Karl IV. in einem Diplom vom J. 1372 in Senckenbergs corp. iur. feud. S. 810. Daß auch so in vorgekommenen Fällen erkannt worden sey, bezeuget Henricus de Segusio, Cardinal von Ostia, welcher im J. 1271 oder 1272 gestorben ist, lib. 3. Summae de feudis n. 7, indem er sagt: sic vidi, quando fui in Alemannia, per proceres iudicari; ein Zeugniß, welches im 14ten Jahrhunderte Alber. de Rosate in dictionario. verb. feudum, vers. an feudum possit alienari, wiederholt. Dasjenige, was Ludwig in den gelehrten Anzeigen Th. 2. S. 619 und Gundling in Gundlingianis Stück 3. n. 1. §. 20. S. 227 dagegen erinnert haben, ist unbedeutend.

Gläubiger sich bereichern würden, waren für die Gesetzgeber um so mehr hinlängliche Bestimmungsgründe zu dem gemachten und in der Folge von mehrern teutschen Gesetzgebern bestätigten Unterschiede zwischen Agnaten und Söhnen, da mit Grund behauptet wird, daß die Aufrechterhaltung der erlaubten väterlichen Handlungen eine kindliche Pflicht sey und daher diejenigen Rechtsgelehrten dem Geiste unsers Gesetzes ziemlich nahe kommen, welche den Grund jener gesetzlichen Entscheidung in dieser kindlichen Pflicht suchen 1). Ohne Zweifel spricht daher auch der Grund, worauf jener Unterschied zwischen Agnaten und Descendenten beruhet, wider die Töchter B. C. und D., und können die Gläubiger sich sowohl hierauf, als auf den Zweck des Gesetzes zugleich mit berufen. Wäre aber die Meinung des Herrn von Kamptz gegründet: der Gesetzgeber habe durch seine Legislation weiter nichts bezwecken wollen, als daß der Sohn durch den angedrohten Verlust des Lehns habe bewogen werden sollen, seinem Vater die vermeintliche Unehre, daß sich zu seiner mit Repräsentation verbundenen Erbfolge kein Erbe finden wollte, zu ersparen; so würde unser Gesetz seinem Zwecke nach offenbar den Gläu-

1) Georg Ludw. Boehmer in princip. iur. feudal. §. 140. Dan. Nettelbladt in diss. de success. ex pacto et prouident. maiorum. c. 3. Sect. 2. n. 5. Iust. Ludw. Becht. Boehmer in comm. de filio vasalli successore in feudum c. 1. §. 9. God. Moll in diss. num filius feudum a patre alienatum reuocare possit, §. 3 et 4. Io. Th. Henr. Pirner in diss. in II. Feud. 45. §. 19. Georg Wiese in comment. de fundam. et limitat. obligationis ad facta parentum praestanda, §. 15.

Gläubigern entgegen stehen, denn Julian hatte zu seiner mit Repräsentation verbundenen Erbfolge einen Erben an seinem Sohn A. gefunden.

§. 2.

Zweyter Grund.

2) Gesetzt nun aber auch, daß es noch einigermaßen zweifelhaft sey, ob durch die angeführten Gesetzstellen meine Behauptung erwiesen werde, so würde doch durch das gedachte Testament selbst und die geschehene Art und Weise der Anerkennung desselben dieser Beweiß vollführet werden m). In demselben hat zwar der Testirer jeder seiner Töchter 3000 Thlr. zu ihren Erbportionen ausgesetzt, darneben aber auch bemerket, daß die Passiva, zu welchen auch die Lehnsschulden und das inferirte Vermögen seiner Frau gehörten, den Werth seines Mobiliar- und Allodialvermögens überstiegen, mithin bey dem gänzlichen Abgange alles Allodialvermögens der Auswurf eines den Töchtern gebührenden Pflichttheils von selbst wegfallen und von der genauen Befolgung der wegen Bezahlung der Schulden getroffenen Einrichtungen die Erhaltung der Lehngüter abhangen würde. Es läßt sich daher nicht bezweifeln, daß dieser letzte Wille so vortheilhaft für die Töchter gewesen sey, als er es den Umständen nach seyn konnte. Denn sie wurden nicht nur hierdurch in den Stand gesetzt, das Recht der Lehnsfolge,

m) Die factischen Umstände, welche aus dem Testament angeführtet worden sind, kann man als richtig annehmen.

zu welcher sie wegen der eignen Natur der Lehngüter nicht sofort gelangen konnten, sich zu erhalten, sondern bekamen auch noch außerdem eine ansehnliche Summe zu ihrer Erbportion; Vortheile, welche nicht denkbar waren, wenn ihres Vaters Wille und Vorschriften nicht genau befolgt wurden. Da sie nun auch, und zwar aus Ueberzeugung von jenen Vortheilen, das Testament ihres Vaters anerkannt und zugleich ihre Zufriedenheit mit demselben erkläret haben; so ist die Anerkennung der väterlichen Verbindlichkeiten und die, in Gemäßheit der von dem Testirer getroffenen Einwilligung, zu bewirkende Bezahlung der noch rückständigen Schulden um so gewisser eine nothwendige Folge hiervon, als eines Theiles derselbe ausdrücklich verlangt, daß seinen Kindern sein letzter Wille und die zu ihrem wahren Besten gemachte, der Lage seines Vermögenszustandes angemessene, Einrichtung heilig seyn solle, und andern Theils jeder Einwand, den sie dagegen einstellen dürften, schon die Replic eines Dolus niederschlagen müßte. Denn dessen möchte sich ohne Zweifel ein jeder schuldig machen, welcher eine bereits gültig anerkannte, ihm vortheilhafte Handlung, wegen zufälliger Ereignisse, die sie minder vortheilhaft darstellen, ferner anzuerkennen sich weigern sollte. Wollten aber die Töchter B. C. und D. den brüderlichen Allodialnachlaß ausschlagen, und des Bruders Erben nicht werden; so würde zwar dagegen nichts eingewandt und sie hierdurch die Verbindlichkeit, für die von ihm gewirkte Allodialschulden, welche nicht zur Verminderung der väterlichen Allodialschulden angewandt worden sind, zu stehen, von sich ab-

ablehnen können; allein auf jene Verhältnisse dürfte die Repudiirung dieser Erbschaft so wenig Einfluß haben, daß die väterlichen Allodialgläubiger vielmehr sie zur Folge in den von dem Vater auf ihren Bruder A. gekommenen Lehngütern nöthigen, oder doch die Sequestration und Ueberlassung der Einkünfte derselben, solange diese Töchter und deren Descendenten leben, zu verlangen, berechtiget seyn würden.

§. 3.

Dritter Grund.

Schon aus dem, was bereits vorgetragen worden ist, erhalten die für die Schwestern angeführten Gründe ihre Erledigung; jedoch wird dieselbe bey einer etwas genauern Erwägung noch einleuchtender werden. Soviel nämlich

3) den ersten und zweyten Grund derselben betrifft, so kann zuförderst darauf nichts ankommen, daß die Töchter B. C. und D. ihrem Vater nicht unmittelbar, sondern mittelbar in den Lehngütern folgen. Die Meinung, daß auch Töchter, welche nach der eigenen Natur eines Weiberlehns von der Lehnsfolge durch ihren Bruder ausgeschlossen worden sind, jedoch nach dessen Ableben das Lehngut erhalten, eben so gut, als wenn eine unmittelbare Lehnsfolge Statt gehabt hätte, die väterlichen Allodialverfügungen und Verbindlichkeiten anerkennen müssen, ist nicht ganz neu [n]) und wird auch durch

n) Christ. Phil. Richter de successione legitima feud. comm. et Saxon. §. 71 in fine, wo ein solches Praeiudi-

durch II. F. 45. bewähret. Denn die Verbindung der Eigenschaft eines Lehnsfolgers mit der eines Erben soll nach diesem Gesetz eine solche Anerkennung zur Folge haben, und ist hierbey kein Unterschied unter der mittelbaren und unmittelbaren Lehnsfolge gemacht; mithin kann der Rechtsgelehrte um so weniger einen solchen Unterschied sich erlauben, da ihm dieses sogar der Zweck des Gesetzes und die Gründe, warum die Gesetzgeber die gedachte Verbindung bey Descendenten für nothwendig geachtet haben, verbieten. Daß solche Töchter dem Vater nur mittelbar folgen, hat seinen Grund in der besondern Natur dieser Weiberlehn, diese aber enthält nichts, was dem Gesetzgeber bewegen könnte, eine Ausnahme hierbey zu machen; mithin müssen sie auch, um nicht inconsequent bey ihrer Legislation zu handeln, nicht nur die unmittelbare, sondern auch die mittelbare Succession im Lehn des Vaters, welche nach der eigenen Natur desselben eintreten kann, insofern haben beabsichtigen wollen. Es läßt sich auch auf keine Weise absehen, wie solche Töchter dem Gesetz eine Gnüge leisten könnten, wenn sie die väterliche Erbschaft ausschlagen, ihr Successionsrecht im Lehn aber, welches in Sachsen durch die Mitbelehnschaft erhalten wird, behalten wollten;

iudicium des Schöppenstuhls zu Jena angeführet ist. Ebenderselbe in decisionibus decis. 79. n. 10. Carpzov lib. 6. Resp. 116. n. 16—21. Struv in Syntagm. iur. feud. c. 13. §. 16. n. 9. Globig de rebus dub. in iure feud. obs. 16. §. 3. not. 1. Lauhn in der angezeigten Schrift S. 73. Unbefriedigend ist aber das was diese Rechtsgelehrten hierüber sagen, und überhaupt diese wichtige Frage noch gar nicht erörtert worden.

ten; vielmehr würde dieses um so gewisser eine gesetzwidrige Trennung des Erbe von Lehn seyn, da ohne Successionsrecht sich keine Succession denken läßt, mithin beyde in der genauesten Verbindung stehen. Wer ein Successionsrecht erhalten will, der hat auch den Willen zu succediren, das Gesetz verlangt aber, daß ein Descendent, welcher nicht Erbe seines Vaters werden will, auch keinen wirksamen Willen zu succediren haben soll. Daher müssen aus nothwendiger Consequenz solche Töchter entweder der Erbschaft und dem Successionsrecht zugleich entsagen, oder nach angenommener Erbschaft bey der ihnen angefallenen wirklichen Succession die väterlichen Verbindlichkeiten gedachter Maßen anerkennen. Da sich nun die Töchter B. C. und D. in dem zweyten Falle befinden, so kann bey ihnen um so weniger eine Ausnahme eintreten, als sie schon, wie ich bereits bemerket habe, nach dem väterlichen Testamente zu einer solchen Anerkennung verpflichtet sind. Keine Instanz kann dagegen angeben, daß einem Sohne, welcher nach dem mit Schuldenhinterlassung erfolgten Ableben seines Vaters, dessen Erbe er wegen der vorhandenen Schulden nicht worden ist, seinem Großvater im Lehn succediret, dergleichen Anerkennung der väterlichen Verbindlichkeiten nicht zugemuthet werden kann; denn die Verschiedenheit dieses Falls von dem unsrigen fällt sogleich in die Augen. Eines Theils succedirt hierbey der Sohn in dem Lehn seinem Vater weder mittelbar, noch unmittelbar, und andern Theils hängt es auch nicht einmal von seinem Willen ab, seines Vaters Erbe zu werden, oder nicht. Die ganze Fassung des Gesetzes und dessen Geist be-

weisen, daß man demselben nur diejenigen Fälle unterlegen kann, bey welchen der Descendent Erbe seines Vaters werden kann, und es von dessen Willen abhängt, Erbe zu werden, oder nicht o). Daher auch Herr von Globig p) unsern Fall, als einen von diesem ganz verschiedenen ansiehet. Ueberdieß fehlt es sogar nicht an Rechtsgelehrten, welche, obwohl ohne hinlänglichen Grund, den Enkel auch in einem solchen Falle nach gleichen Grundsätzen beurtheilen wollen q). Wahr ist übrigens, daß 3000 Rthlr. eine hinlängliche bestimmte Sache sind, und daß, wenn unter mehreren Erben einer in re certa eingesetzt ist, dieser nach dem Römischen Rechte gewissermaßen die Rechte eines Legates haben soll; vielleicht ist es aber eben so wahr, daß nur inuita Mineruа hieraus ein Einwand gegen die behauptete Meinung genommen werden kann. Der Römische Gesetzgeber nahm an, daß der Wille des Testirers bey einer solchen Erbeinsetzung dahin gehe, daß unter mehreren Erben der blos in re certa eingesetzte die bestimmte Sache ohne Theilnehmung an den Schulden bekommen solle, und diesen Willen wollte er realisirt wissen. Es folgt also hieraus, daß, wenn ein Testator den Umständen nach eine andere Absicht gehabt haben muß, oder wohl gar dergleichen zu erkennen gegeben hat, der Gesetz-

o) Repudiatio intelligitur, si hereditas in ea causa est, vt adiri possit. L. 13. pr. D. de acquir. vel omitt. hereditate. L. 174. §. 1, D. de Regulis iuris.

p) a. a. Orte.

q) Io. Frid. Kobe de pecunia mutuatitia tuto collocanda c. 6. §. 79. p. 145 glaubt, daß dieses wenigstens in Sachsen angenommen werden müsse.

Gesetzgeber mit jener Verordnung derselben auf keine Weise habe entgegen treten wollen. Als einen solchen Fall stellt sich nun der gegenwärtige dar. Denn des Testirers Wille war, daß seine Töchter nur bis zum Anfalle der Lehngüter wegen Bezahlung der Schulden nicht zur Mitleidenheit gezogen werden sollten. Uebrigens konnte auch das Römische Recht dergleichen Verhältnisse, als bey einem solchen Falle eintreten, wo der in re certa eingesetzte Erbe zugleich Lehngüter, welche der Testator hinterlassen hat, bekommt, nicht voraussetzen und würden selbst die Römischen Gesetzgeber, wenn ihnen eine Kenntniß derselben beygewohnet hätte, ihrer Legislation noch andere Modificationen gegeben haben. Eben daher läßt sich nicht einmal jener Römische Rechtssatz auf unsern Fall anwenden, sondern das angeführte Longobardische Gesetz II. Feud. 45. muß, als ein über solche besondere Verhältnisse, ohne eine mittelbare Succession von der unmittelbaren zu unterscheiden, sprechendes uns zur Richtschnur dienen. Diesen würde man aber auch Gewalt anthun müssen, wenn man auf die Größe und Wichtigkeit des Allodialnachlasses Rücksicht nehmen wollte, weil bey der Disposition, daß ein Descendent, wenn er das Lehn des Vaters haben will, dessen Erbe werden und sodann auch mit dem Lehn die väterlichen Verbindlichkeiten gedachtermaßen erfüllen soll, der Stärke des Allodialvermögens nicht erwähnet wird, und sogar die Gelegenheit derselben, welche auf eine wohl nicht zu bezweifelnde Weise darin zu suchen ist, daß oft Descendenten wegen Geringfügigkeit der Allodialerbschaft dieselbe ausschlugen und dem Vater im Lehn folg-

folgten, als Lehnsfolger aber dessen Allodialverbindlichkeiten nicht anerkennen wollten, zur unabläßigen Pflicht macht, das Gesetz auch von dem Falle zu verstehen, da dasjenige, was der Lehnsfolger als Erbe erhält, wegen seiner Geringfügigkeit in keinen Betracht gezogen werden kann. Daß auch noch überdies manche Ungereimtheiten entstehen müßten, wenn das Gesetz anders verstanden werden sollte, wird hoffentlich jeder Rechtsgelehrte finden, der sich alle vorkommende Fälle mit den dabey eintretenden Considerationen denken kann. Daher ist auch selbst der Herr von Kamptz r) welcher doch unserm Gesetz nicht hold ist, dieser Meinung, obwohl der derselben unterlegte Grund keinen rechtlichen Beyfall verdient. Hieraus folgt zugleich, daß, wenn es wirklich des Testirers Wille gewesen wäre, die Töchter auf den Fall ihrer mittelbaren Succession in den Lehen von der Bezahlung der Allodialschulden befreyen zu wollen, derselbe als gesetzwidrig nichts wirken könnte. Man würde aber auch die Asche desselben verunehren, wenn man einen solchen Willen vermuthen wollte, und berechtiget uns daher die Stelle des Testaments, worauf sich die Töchter berufen, um so weniger zu einer solchen Vermuthung, da der Geist desselben ihr entgegen ist, der Testirer auch hierbey gar nicht daran gedacht hat, daß ein solcher mittelbarer Successionsfall der Töchter in den Lehen vor Bezahlung der Allodialschulden eintreten würde.

§. 4.

r) a. a. O. S. 111.

§. 4.

Vierter Grund.

Wenden wir uns

4) zur Erwägung des dritten Grunds, welcher für die Meinung der Schwestern angeführet wird, so ist wahr, daß die Frage: ob unser Gesetz in Ansehung aller Gattungen von Lehen anwendbar sey? in ältern und neuern Zeiten die scholastische Polemik sehr beschäftiget hat. Offenbar thun diejenigen unserm Gesetze Gewalt an, welche dasselbe auf Erblehen, welche das Longobardische Lehnrecht zwar nicht dem Namen nach, aber doch insofern, als darunter Lehen, bey welchen ausserordentlicher Weise die Civilintestaterbfolge Statt findet, verstanden werden, der Sache nach gekannt hat, einschränken wollen s). Da der zwischen Agnaten und Descendenten gemachte Unterschied bey Erblehen wegfällt, indem schon die Natur dieser Lehen so beschaffen ist, daß kein Nachfolger, er mag Agnat oder Descendent seyn, dieselben bekommen kann, wenn er die Erbschaft ausschlägt, so läßt sich eine solche Einschränkung um so weniger denken t), da sie der Zusammenhang unsers Gesetzes, der Zweck desselben und der Grund, worauf der Unterschied unter Agnaten und Descendenten beruhet, verwerfen. Eben so wenig kann ich denjenigen

s) Hunnius in tract. iur. feud. c. 10. p. 206. Gail in pract. obseruat. lib. II. obs. 128. n. 19. obs. 154. n. 1.

t) Berlich p. 2. concl. 55. n. 9. et 93. Braun in der angef. Schrift S. 14. Boehmer cit. comm. c. 1. §. 7. p. 11 et 12.

gen vollkommen beypflichten u), welche behaupten, daß der Text zwar nur von alten Lehen rede, weil auf den Fall, da der Descendent das Lehn und Erbe ausschlägt, ersteres den Agnaten zugesprochen werde, jedoch dasjenige, was darin von einem alten Lehn in Hinsicht auf die Verbindlichkeit der Descendenten gesagt wird, ohne Zweifel auch von einem neuen Lehn gelten müsse. Wider den letzten Satz habe ich nichts einzuwenden, den ersten aber kann ich unbestimmt nicht zugeben, weil eine Stelle des Gesetzes allerdings von Lehen überhaupt redet, wie wir bald sehen werden. Wenn aber Herr von Kamptz behauptet x), daß, bey einer Zurückrufung der Frage: ob unser Gesetz in Ansehung aller Gattungen von Lehen anwendbar sey? auf Grundsätze, die allgemeine Regel sich ergebe, daß dasselbe bey allen denjenigen Lehen eintrete, deren Früchte zu dem freyen Allodium des besitzenden Vasallen gehören, mithin sowohl bey alten als neuern Lehen; so möchte ich doch die Grundsätze näher kennen lernen, aus welchen diese vermeintliche Regel sich ergeben soll. Wenn das Gesetz, welches wir bey der Frage: von welchen Lehen es rede? vor Augen haben müssen, verordnet: si contigerit, vasallum sine prole decedere, agnatus, ad quem vniuersa hereditas pertinebit, repudiata hereditate, feudum, si paternum fuerit, retinere poterit, nec de debito hereditario aliquid feudi nomine soluere cogitur, — so macht es den Fall, da das von dem Vasallen hinter-

lassene

u) Braun a. a. O. S. 12 u. 13. Boehmer cit. comm. d. 12.

x) In der angeführten Schrift S. 17.

lassene Lehn ein neues, nemlich ein solches ist, in welchem er nicht aus dem Grunde, weil er schon in der Investitur begriffen war, gefolgt ist, sondern welches er zuerst erworben hat, um deswillen zu keinem Gegenstand einer Entscheidung, weil der Agnat in demselben nicht folgen kann, und die Gesetzgeber nur die Absicht hatten, den Unterschied zwischen Descendenten und Agnaten in Ansehung der gedachten Verhältnisse, welche in einem solchen Falle lediglich in Ansehung der alten Lehen eintreten können, zu bestimmen y); den Fall aber, da das von den Vasallen hinterlassene Lehn ein altes z), das heißt ein solches ist, welches er nicht zuerst erworben, sondern vermöge einer vorhandenen Investitur, worin er begriffen war, bekommen hat, entscheidet das Gesetz auf die bereits angezeigte Art. Anders verhält es sich mit der darauf folgenden Disposition: Vbi vero filium

y) Starb ein Vasall, welcher ein neues Lehn besaß, ohne Descendenten, so fiel das Lehn an den Lehnsherrn zurück, es mochte der Seitenverwandte, welchem die Erbschaft anfiel, dieselbe ausschlagen, oder annehmen; war ihm aber vielleicht dasselbe auf den Anfall versprochen worden, so bekam er es bey dem einen Falle sowohl, als bey dem andern nicht als Seitenverwandter, und man konnte nicht sagen, daß ihm die Erbschaft und das Lehn zugleich angefallen wären. Er hatte daher, wenn er die Erbschaft ausschlug, sich eben so wenig, als der Lehnherr bey dem Zurückfalle um die Allodialschulden zu bekümmern. Daher war auch eine gesetzliche Entscheidung hierüber an diesem Orte unnöthig.

z) Es ist bekannt, daß der Ausdruck feudum antiquum in dem Longobardischen Lehnrechte nicht vorkommt, sondern dafür der Ausdruck, feudum paternum gebraucht und dieses dem feudo nouo entgegengesetzt wird, II. Feud. 12 und sonst noch mehrern Stellen. Nur zuweilen kommt feudum paternum auch im grammaticalischen Sinne vor.

filium reliquit, ipse non potest hereditatem *sine beneficio* repudiare, sed aut vtrumque retineat, aut vtrumque repudiet; denn diese redet vom Lehn überhaupt und ist gar kein Grund denkbar, warum sie einschränkend nur von dieser, oder jener Art von Lehen sollte verstanden werden. Zu allem Ueberflusse kann man sich auch sogar auf die mit dieser Disposition in unmittelbarer Verbindung stehende Stelle, welche die Wirkung einer erfolgten Ausschlagung der Erbschaft gesetzlich so bestimmt: quo repudiato, ad agnatos, si paternum sit, pertinebit, berufen. Wie konnten die Gesetzgeber sich so ausdrücken, wenn sie vorher blos von einem alten Lehn gesprochen hätten? Wozu bedurfte es solchen Falls der Bestimmung: si paternum sit? Wenn man also das ganze Gesetz betrachtet, so kann man mit Recht sagen: es redet bald von einem alten bald von einem neuen Lehn; und hiermit stimmt auch die II. Feud. 51. §. 4 befindliche Entscheidung: Filius non potest recusare hereditatem patris absque feudo, propinquus autem potest, — vollkommen überein. Der erste Satz spricht vom Lehn überhaupt und ist auch kein Grund vorhanden, denselben auf eine, oder die andere Art von Lehen einzuschränken; der zweyte Satz aber kann der Natur der Sache nach nur von einem solchen Lehn verstanden werden, in welchem der Agnat dem verstorbenen Vasallen zu folgen berechtiget ist, mithin von dem Falle, da das hinterlassene Lehn ein altes ist. Uebrigens stellen die Betrachtungen über den Zweck unsers Textes und den Grund des darinn gemachten Unterschiedes zwischen Agnaten und Descen-

den-

denten die Behauptung, daß er als ein Pönalgesetz anzusehen sey, um so mehr als grundlos dar, da eines Theiles dieselbe einen sonderbaren Begriff von dergleichen Verordnungen voraussetzt, andern Theils ein Descendent in eben die Verhältnisse, in welchen sich sein Vater befunden hat, kommen und Vater werden kann, mithin zugleich für seine künftige Ehre und Credit gesorget wird. Gesetzt aber auch, es wäre diese Behauptung gegründet und daher unser Gesetz aus diesem, oder einem andern Grunde, besonders weil eine gewisse nach andern Gesetzen statt findende Freyheit dadurch genommen wird, einschränkend zu erklären; so müßte derselbe dennoch von allen Fällen, welche nach dem Sprachgebrauche, nach der ganzen Fassung des Gesetzes und nach der Natur der Sache in und unter demselben enthalten sind, verstanden werden. Daß nun eine mittelbare Succession zu diesen Fällen gehöre, habe ich, wie mir dünkt, vollkommen und ausreichend bewiesen, und daß derselbe von Töchtern zu verstehen sey, ergiebt sich eines Theiles daraus, weil, wenn in Gesetzen, Testamenten, oder Verträgen nur das männliche Geschlecht benennet ist, auch die Töchter bey vorhandenem Zweifel mit verstanden werden müssen [a]), und andern Theils daraus, daß unsere Gesetzgeber, wenn sie nicht so hätten verstanden seyn wollen, sich einer gewissen Ungereimtheit schuldig gemacht haben würden, indem bey Lehen, in welchen auch die Töchter folgen können, sich

a) L. 44. D. de Verbor. Signif. L. 16. pr. D. de test. tutela, L. 2. Cod. Theod. de Lenon. L. 2. Cod. de secund. nupt.

sich kein vernünftiger Grund zu einem Unterschied zwischen Söhnen und Töchtern denken läßt. Bey solchen Lehen müssen daher selbst der Natur der Sache nach die Gesetzgeber die Töchter unter dem ausgedrückten männlichen Geschlecht mit verstanden haben b). Eben dieses gilt nun auch von den andern entfernten Descendenten eines Vasallen, welche in dem Lehn folgen können, und kommen hierin fast alle Rechtsgelehrte bey der übrigens fast unvereinbarlichen Verschiedenheit ihrer Glaubensbekenntnisse über unsern Text mit einander überein c). Nur der Herr von **Kamptz**, welcher selbst vormals diese Meinung vertheidiget hat, behauptet d), daß derselbe nicht von Enkeln zu verstehen sey. Allein abgesehen davon, daß selbst nach dem Sprachgebrauche des Römischen Gesetzbuchs oft unter dem Worte, filius, die Enkel e) und unter den Söhnen, deren bey der Anordnung eines Fideicommisses gedacht worden, die Enkel, Urenkel und fernern männlichen Nachkommen f) in teutschen Gesetzen verstanden wer-

b) Selbst von Kamptz in der angef. Schrift S. 78 giebt zu, daß bey aller einschränkenden Erklaunng des Textes die Töchter mit den Söhnen nach gleichen Grundsätzen beurtheilet werden müßten.

c) Meuius p. 5. dec. 41. Möller in distinct. feud. c. 16. dist. 7. Ge. Ludw. Boehmer in princip. iur. feud. §. 140. Schnaubert im Commentar darüber S. 447. I. Ludw. Becht. Boehmer cit. comm. c. V. §. 9. n. 5.

d) In der angeführt. Schrift S. 74.

e) L. 84 et 201 D. de Verb. Signif. L. 59. D. de ritu nupt. L. 41. §. 1. D. de legat. 3.

f) Zuweilen können auch nach Beschaffenheit des Fideicommisses die weiblichen Descendenten darunter mit verstanden werden.

werden g), so treten auch bey diesen dieselben Gründe und Verhältnisse gegen den Großvater ein, vermöge welcher ein Ascendent des ersten Grades zur Vertretung des Vaters aus dem Lehn angewiesen ist. Hierzu kommt noch, daß bey genauer Erwägung unsers Textes die entfernten Descendenten, wo nicht namentlich, doch dem Ausdruck und der Sache nach ganz offenbar mit eingeschlossen sind. Denn gleich im Eingange desselben heißt es: Si contigerit, vasallum *sine omni prole* decedere, agnatus, ad quem vniuersa hereditas pertinebit, repudiata hereditate feudum retinere poterit. — Das Wort, proles, aber, welches soviel als progenies bedeutet h), begreift überhaupt an sich und hier um so gewisser alle Descendenten, weil der Fall gesetzt wird, wo die ganze Erbschaft an den Agnaten fällt, dergleichen doch nicht denkbar ist, wenn Descendenten vorhanden sind, welche die Erbschaft annehmen. Auch wird weiter verordnet, daß, wenn der Sohn die Allodialerbschaft mit dem Lehn ausschlüge, letzteres auf die Agnaten übergehen solle, ohne zu unterscheiden, ob Enkel vorhanden seyn, oder nicht; und gleichwohl würde, wenn die Kamptzische Meinung gegründet wäre, die Handlung des Sohnes den Enkeln ihr Recht nicht

g) Knipschild de fideicommissis c. 7. n. 117 seq. c. 8. n. 107. Ludwig in Cons. Hallens. Tom. II. p. 1245. Pütter in auserlesenen Rechtsfällen B. 1. resp. 99. p. 823. Lünig in corpore iur. feud. Tom. I. p. 222. 248 et 254. Tom. II. p. 293.

h) Matth. Gesner in nouo linguae lat. thesauro T. III. p. 1107.

nicht nehmen können, sondern das Lehn ihnen anfallen müssen. Ueberdies leiden ja auch schon die Enkel selbst, wenn ihr Vater die Allodialschulden aus dem Lehn bezahlt, insofern wenigstens mittelbar, daß dadurch die dereinst zu hoffende Erbschaft vermindert wird i).

§. 5.

Fünfter Grund.

Soviel endlich

5) den letzten Grund anlanget, welcher für die Meinung der Schwestern B. C. und D. sprechen soll, so läugne ich nicht, daß man vormals in Sachsen überhaupt und besonders in den Herzoglich Sächsischen Landen, vorgeblich in Gemäßheit des teutschen Rechts anders erkannt habe; allein aus mehrern Gründen kann hierauf einige rechtliche Rücksicht nicht genommen werden. Abgesehen erstens davon, daß es immer sehr zweifelhaft bleibt, ob die angeführten Stellen der angeführten Rechtsbücher des Mittelalters den Sinn haben, welchen man ihnen beylegt; so muß auch nach der richtigen Meinung in Sachsen in Lehnsachen das recipirte Longobardische Lehnrecht den Vorzug vor jenen Rechtsbüchern, die in Sachsen in dem Mittelalter gemacht worden sind, insofern haben, als nicht eine Observanz, oder ein Gesetz für die darin aufgestellten

Rechts=

i) Man sehe die schon angezeigte Recension über die Kamptzische Schrift, worin überhaupt viele irrige Meinungen des Herrn von Kamptz berichtiget werden.

Rechtssätze spricht k). Zweytens ist auch bekannt, daß als man noch im sechszehnten Jahrhunderte, vorgeblich in Gemäßheit der in jenen Rechtsbüchern ent-

k) Diese Meinung vertheidiget auch der Herr Appellations-J. A. Th. Kind in prog. de vsu et auctoritate speculi Saxonici (Lips. 1783) §. 9. p. 45 seq. In den vortrefflichen quaestionibus forensibus Tom. I. c. 64. p. 246 äußert aber derselbe, daß, ob er wohl noch gegenwärtig dieser Meinung sey, dennoch das Appellationsgericht aus den von ihm angezeigten Gründen dem Sachsenspiegel ein größeres Ansehen beylege und daher annehme, daß ein auf denselben sich berufender Theil so lange fundatam intentionem habe, bis der Gegner beweise, daß dergleichen Gewohnheit aufgehoben worden sey, oder das davon abweichende fremde Recht durch den Gebrauch einen Vorzug erhalten habe. Unter den angeführten Gründen ist blos einer, welcher dem Anschein nach ein rechtliches Gewicht hat. Ich bleibe daher bey diesem stehen und beziehe mich übrigens auf die von dem Herrn Appellationsrath Kind in dem bemerkten Programm für die richtigere Meinung angeführten Gründe. Das Appellationsgericht beruft sich nemlich auf eine Stelle der ältesten sächsischen Hofgerichtsordnung, welche zwischen den Jahren 1495 — nicht 1490, wie Schöttchen und Kreysig behaupten — und 1500 von den damals regierenden Fürsten der Ernestinischen und Albertinischen Linie ist gemacht worden und die dem gemeinschaftlichen Hofgerichte zur Richtschnur dienen sollte. Da sie blos geschrieben aufbehalten worden war, so suchten Schöttchen und Kreysig durch einen Abdruck derselben in der diplomatischen Nachlese der Historie von Sachsen Th. 1. S. 18 u. f. sie der Vergessenheit zu entziehen. Die Stelle derselben, worauf das Appellationsgericht sich beruft, lautet so: **Item sächsische Rechte, wie die ausgedruckt, zu halten, ausgeschlossen die Artigkell von der heiligen Kirche** — worunter, wie nicht zu zweifeln ist, die vom Pabst Gregor XI. verworfenen Stellen

haltene Rechtssätze, zuweilen anders erkannte, die Landstände sich darüber, und daß ihr Credit darunter leide, beschwerten. Nunmehr sahe man die Sache als streitig an,

Stellen des Sachsenspiegels zu verstehen sind — abgethan und verworfen. Allein diese Stelle kann weder für Chursachsen, noch für die Herzoglich Sächsischen Lande einigen Werth mehr haben. Die merkwürdige Revolution, welche der ganzen Sächsischen Verfassung eine andere Gestalt gab, und auch in Ansehung des Gerichtswesens eine große Veränderung nach sich zog, hob bekanntermaßen alle Gemeinschaft, welche zeithero in der Justiz obgewaltet hatte, völlig auf. Das gemeinschaftliche Hofgericht, welches Oberhofgericht aus Gründen, worüber man sich bis jetzt noch nicht vereinigt hat, hieß, wurde ein besonderes, von der Albertinischen neuen Churlinie allein abhangendes, Gericht, so wie auch das von Johann dem Beständigen zu Wittenberg blos für die Churlande errichtete Hofgericht. Beyde Hofgerichte versah hierauf Churfürst Moritz mit neuen unter seinem Namen publicirten Ordnungen, welche nur einige Abänderungen enthalten. Die Ordnung für das Hofgericht zu Leipzig, welches vorher als ein gemeinschaftliches auf eine bestimmte Art abwechselnd zu Leipzig und Altenburg gehalten worden war, nunmehr aber Leipzig zu seinem beständigen Sitz erhielt, erschien 1549 und ist darinn jene Stelle folgendermaßen abgeändert: **Sächsische Rechte, wie sie ausgedruckt und in landläuftiger Uebung von Alters herkommen, sollen gehalten werden.** Da diese Hofgerichtsordnung der angeführten Stelle eine genauere und solche Bestimmung giebt, wodurch unsere Meinung außer Zweifel gesetzt wird; so ist um so weniger abzusehen, wie das Appellationsgericht sich auf diese Stelle noch berufen kann, da es bey nur gedachter Disposition geblieben ist; Uebung, Gebrauch, Herkommen eines Rechts aber in Handlungen bestehen, die in vorkommendem Zweifel bewiesen werden müssen. Nach aufgehobener Gemeinschaft, welche bisher in Ansehung der Justizverwal-

an, und wurde hierdurch der Churfürst August bewogen, einigen Rechtsgelehrten die Erörterung derselben, gleichwie auch andere Streitfragen aufzugeben l) nach deren

Erfolg

waltung Statt gefunden hatte, wurde von den Herzoglichen Brüdern, Johann Friedrich dem mittlern und Johann Wilhelm ein Hofgericht zu Jena für die Herzoglichen Lande der Ernestinischen Linie errichtet und im Jahre 1566 dasselbe mit einer Verordnung versehen, hierbey aber die Ordnungen der Hofgerichte zu Wittenberg und Leipzig zum Grunde gelegt, und dieses Gericht ausdrücklich auch auf die sächsischen **Rechte, wie die ausgedruckt und in landläufiger Uebung von Alters herkommen, in welchen Fällen aber das sächsische Recht nichts sonderliches** ordnete, auf die **Kaiserlichen Rechte** verwiesen. Dieses thaten auch die Herzoglichen Brüder der Coburgischen Linie Johann Casimir und Johann Ernst, als sie durch die zwischen ihnen und den Herzoglichen Brüdern der damaligen Weimarischen Linie, Friedrich Wilhelm und Johann entstandenen Uneinigkeiten bewogen wurden, im Jahre 1598 ein eigenes Hofgericht für ihre Lande zu errichten und dasselbe mit einer eignen Ordnung zu versehen. Als hierauf nach Erlöschung der Coburgischen Linie dieses Hofgericht wieder aufgehoben worden war, so erhielt das nun wieder gemeinschaftliche Hofgericht für die Lande der Herzoglich Sächsischen Ernestinischen Linie, welche zu Jena seinen Sitz hatte, im Jahre 1653 eine neue und verbesserte Ordnung, welche Kap. 15 folgende mit der ältern Ordnung übereinstimmende Disposition enthält: **sowohl die Sächsischen Rechte, wie solche ausgedruckt, und in den Landen diesseits des Thüringer Waldes in Uebung seyn und von Alters herkommen.**

l) Joh. Schneidewin, Matth. Wesenbec und Jacob Thoming äußerten ihre Gedanken hierüber so: — „Da diejenige Interpretation, welche man hierunter dem „alten Sachsenrecht geben wollte, sollte gehalten wer„den: so könnte einer, der Söhne hätte, viel und mehr,

„denn

Erfolg aber sie, unter ausdrücklicher Beziehung auf unsern Text des Longobardischen Lehnrechts, folgendermaßen zu entscheiden m): 1) sollen Descendenten n) im Lehn ohne die väterliche Allodialverlassenschaft anzunehmen, nicht succediren können, sie auch 2) alle Veräußerungen, welche der Vater mit Einwilligung des Lehnsherrn vorgenommen hat, anerkennen, wenn sie auch ihres Vaters Erben nicht werden, und 3) die Allodialschulden, unter gleicher Bestimmnng und ohne Unterschied des Lehns von den Früchten und Nutzungen desselben bezahlen, sie mögen ein Inventarium gemacht haben,

„denn seine Güter sich erstrecken, aufnehmen; da nun „seine Söhne mit der repudiatione hereditatis die „Lehngüter frey behalten sollten, so würde es den Gläu„bigern, welche unbezahlt blieben, schwer fallen. Es „könnte auch der Vater seine Söhne leicht informiren, „daß sie sich nach seinem Tode der Erbschaft äußerten „und das Lehn frey ohne Entgeld der Schulden be„halten; daraus denn unendlicher und unzählicher Be„trug entstehen würde.“ Quaest. controv. Saxon. de Ao. 1572. p. 1. quaest. 22. n. 23. p. 27.

m) Constitut. Saxon. d. a. 1572 p. II. Const. 47, beym Lünig in corp. iur. feud. Tom. II. p. 597. Torgauisches Ausschreiben v. 1583. beym Lünig a. a. O. S. 609 und 610.

n) Zwar ist in diesen Verordnungen von den Söhnen die Rede; allein aus den schon angegebenen Gründen müssen alle Descendenten darunter um so mehr verstanden werden, da das Longobardische Lehnrecht bey dieser Gesetzgebung zum Grunde geleget ist.

haben, oder nicht. Bey diesen Entscheidungen hat man sogar den Grund, warum das Longobardische Lehnrecht einen Unterschied unter Agnaten und Descendenten macht, und dasjenige, was man bey dieser Gesetzgebung, insofern sie die Descendenten betrifft, bezwecken wollte, vor Augen gehabt. Denn es heißt: es sey unbillig und der Ehrerbietung, welche die Kinder ihren Eltern schuldig, entgegen, daß die Gläubiger dasjenige, was sie aus Treuherzigkeit dem Verstorbenen fürgesetzt, mit ihrem höchsten Nachtheile entrathen, die Söhne aber des Guths, so sie von ihren Vätern ererbet, ohne Entgeld zu ihrem Vortheile genießen und dadurch verursachen sollten, daß ihr Vater in der Grube geschmähet würde. Nur allein davon ist nichts erwähnet, daß der Credit des Vaters besonders auch mit um der Verbesserung des Lehns willen aufrecht zu erhalten sey; allein der Gesetzgeber hatte, weil er überhaupt den Zweck nicht anzuzeigen brauchte, wohl um so weniger nöthig, ihn so genau anzugeben, da er voraussehen konnte, und wußte, daß der Vasall seiner Verbesserungspflicht nachkommen werde. Eben diese Grundsätze wurden auch sehr bald nach erfolgter Publication der Chursächsischen Constitutionen in dem Herzoglich Sächsischen Landen der Ernestischen Linie bey vorkommenden rechtlichen Entscheidungen solcher Fälle beobachtet und dadurch die Vasallen der Regenten dieser Lande ebenfalls beruhiget, wenigstens findet man nicht, daß sie die Beschwerden dieser Art erneuert hätten. Hieran dürfte drittens auch wegen noch anderer eintre-

tretender Considerationen nicht zu zweifeln seyn. Nach erfolgter Publication der Chursächsischen Decisionen erhielt das Spruchcollegium zu Jena von den höchsten Erhaltern der Academie Befehl, die Abweichungen des gemeinen Sächsischen Rechtes von denselben anzuzeigen. Diesem Befehl kam es nach, setzte diese Abweichungen auf und schickte sie an die höchsten Behörden ein, wie aus den Archiven sich ergiebt. Da es nun hierbey die angezeigten Verordnungen mit Stillschweigen übergangen und dadurch deutlich genug zu erkennen gegeben hat, daß seine Urtheile hiermit übereinstimmten, demselben auch andere Verhaltungsbefehle nicht zugegangen sind; so stellt sich die Meinung, daß unser Text II. Feud. 45. in der durch die damals vorhandene Chursächsische Verordnung o) erläuterten Weise in den Herzogl. Sächsischen Landen der Ernestischen Linie zur Richtschnur angenommen worden sey, um so mehr als hinlänglich gerechtfertiget dar, da eines Theils eine solche Observanz von Rechtsgelehrten, welchen es nicht an Gelegenheit, sie zu bemerken fehlte, bewähret wird

o) Daß übrigens sonst die Chursächsischen Constitutionen, wenn nicht eine oder die andere besonders recipirt ist, in den Herzoglich Sächsischen Landen zu keiner Richtschnur bey richterlichen Entscheidungen dienen können, ist keinem Zweifel unterworfen; jedoch wird von auswärtigen Spruchcollegien auf eine unverzeihliche Art hierin zuweilen gefehlt und muß dieser Fehler durch eine neue Instanz wieder gut gemacht werden. Joh. Ludw. Schmidt in den öffentlichen Rechtssprüchen S. 62 und 63.

wird p) und andern Theils nach den Herzogl. Sächsischen Prozeßordnungen q) die Hülfe, welche in die Nutzungen der Lehngüter wegen der Allodialschulden vollstrecket wird, so lange kräftig seyn soll, als der Schuldner und dessen Söhne, worunter ebenfalls alle Descendenten, die ihm in dem Lehn folgen können, verstanden werden r) am Leben sind, dieses aber um so gewisser nicht anders, als in Consequenz jener Grundsätze verordnet werden konnte, da kein Unterschied gemacht ist, ob sie ihres Ascendenten Erben werden, oder nicht. Hieraus folgt nun, daß, wenn auch die Töchter B. C. und D. einigermaßen beschweret werden sollten, ihnen dieses wider die väterlichen Gläubiger um so weniger zu statten kommen kann, als

p) Christ. Phil. Richter cit. loc. Io. Thomae in diss. de success. feud. §. 30. G. Ad. Struv in controuers. feud. §. 31. Lyncker in diss. de succ. feud. th. 16 et in Consil. et Respons. Tom. II. N. 172. Hellfeld in element. iur. feud. §. 255. et in opuscul. iuris ciuil. priv. p. 537. Io. Frid. Kobe in comm. de pecunia mutuat. §. 72.

q) Altenburgische Prozeßordnung part. I. c. 36. §. 1 et 8. Gothaische Prozeßordnung p. I. c. 36. §. 1 et 6. In denjenigen Herzoglich Sächsischen Landen, die nicht mit eigenen Prozeßordnungen versehen sind, richtet man sich nach der ältern Chursächsischen Prozeßordnung, die Kap. 40. §. 1 und 6 hiermit übereinstimmt und den Allodialgläubigern sogar ein gewisses Recht auf die Substanz des Lehns giebt, welches jedoch durch die erläuterte Prozeßordnung abgeändert worden ist.

r) Altenburgische Prozeßordnung a. a. O. §. 9.

als eine solche Beschwerde durch den ihren geschehenen Anfall der Lehngüter reichlich aufgewogen wird, und sie überdies, wenn sie die brüderliche Erbschaft ausschlagen wollten, wie ihnen freystehet, die von dem Bruder gewirkten Schulden, unter der vorher bemerkten Einschränkung, zu bezahlen nicht schuldig sind.

No. II.

Die von einem weltlichen Kirchenpatron ertheilte Anwartschaft auf eine erst zu erledigende a) Kirchenpfründe hat auch bey den Protestanten, besonders in den Altenburgischen Ländern, gar keine rechtliche Wirkung.

§. 1.

Nach der Reformation vergieng eine geraume Zeit, ehe bey den Protestanten ein weltlicher Kirchenpatron sich beygehen ließ, dergleichen Anwartschaft zu ertheilen. In der Folge geschahe dieses zwar zuweilen, allein selbst derjenige, welcher die Anwartschaft erhalten hatte, hielt sie für unverbindlich und ließ es darauf ankommen, ob ihn der Patron bey dem eintretenden Falle

a) Die Worte: **erst zu erledigende,** — sind zwar nach dem technischen Sprachgebrauche des Worts, Anwartschaft, oder Expectativ überflüßig; ich habe aber doch zu Vermeidung aller Mißdeutung dieselben beygefügt. Denn nach dem gemeinen Sprachgebrauche hat auch derjenige eine Anwartschaft, welchem in Absicht einer schon erledigten Pfründe von dem Kirchenpatron das Versprechen gegeben wird, daß er sie zu seiner Zeit erhalten, oder dazu präsentirt werden solle. Von einem solchen Versprechen, welches gültiger Weise geschehen kann, ist hier nicht die Rede.

Falle präsentiren würde, oder nicht. Nur erst in den neuern Zeiten brachten solche Expectanten die Sache bey den geistlichen Gerichten zur Sprache und suchten ihre Anwartschaften geltend zu machen, wenn sie sahen, daß der Kirchenpatron ein anderes Subject präsentiren wolle. Bey vielen Consistorien wurden sie ohne alle Weitläuftigkeiten abgewiesen, einige derselben sahen aber doch die Sache von einer andern Seite, welche jedoch die schwächste war, an. So erzählt uns D. Christian Wilhelm Küstner b), daß das Churfürstlich-Sächsische Consistorium zu Leipzig im Jahr 1754 auf die Gültigkeit eines solchen Versprechens in dem Falle erkannt habe, da der Kirchenpatron eine von seinem Vater ertheilte Anwartschaft nicht habe erfüllen wollen. In der Folge scheint jedoch dieses Consistorium von der damals angenommenen Meinung etwas abgegangen zu seyn. Denn bey einem vor verschiedenen Jahren, über eine, auf die Pfarrpfründe zu Burghäßler von dem weltlichen Kirchenpatron ertheilte, Anwartschaft bey demselben entstandenen Streite wurde zwar der Expectant mit dem Gesuch auf die Pfarrpfründe abgewiesen, ihm aber doch eine den Einkünften derselben gleichkommende Entschädigung, so lange bis er ein eben so hochrentirendes Amt erhalten haben würde, zugesprochen. Da die Interessenten sich verglichen, so blieb der Werth und Unwerth dieses Erkenntnisses auf sich beruhen, es wäre aber wohl zu erwarten gewesen, daß derselbe in der Apellations-instanz

b) In den Noten zu Salom. Deylingii institutionibus prudentiae pastoralis p. 156 edit. 3.

instanz würde verworf[illegible] seyn. Anders be- nahm sich das Herzoglich[illegible]sche Consistorium zu Altenburg, als vor verschieden[en] Jahren zwey Candidaten dergleichen Anwartschaften auf Pfarrpfründen bey demselben geltend zu machen suchten c). Da niemals vorher solche Ansprüche angebracht worden waren und man es doch bey den vorhandenen gesetzlichen Vorschriften bedenklich fand, geradezu diesem Beyspiele einiger geistlichen Gerichte zu folgen; so zog es diese Irrungen in Verhör, suchte die Expectanten gütlich zur Aufgebung ihrer Ansprüche zu bewegen und verwieß die Interessenten, weil diese Absicht nicht erreicht werden konnte, zum rechtlichen Verfahren d), machte ihnen auch zugleich bekannt, daß nach erfolgtem Schluße in der Sache die Acten zu einem auswärtigen rechtlichen Erkenntnisse verschickt werden sollten. In der zuerst angebrachten Irrung gieng der Candidat noch zeitig genug zurück und begab sich seines gemachten Anspruchs. Die andere aber, etwas später zur Sprache gebrachte, wurde in einem von einen Spruchcollegium abgefaßten Erkenntnisse wider den Expectanten entschieden. Da hierbey und außerdem wider die Anwendung des Canonischen Rechts auf diese Fälle und

c) Zwar war ich damals noch kein Mitglied des Altenburgischen Consistorii, es sind mir aber doch diese Fälle aus den Acten bekannt worden.

d) Obwohl dieses nicht eben nothwendig gewesen wäre, so kann doch das Consistorium nach meiner Einsicht darüber nicht getadelt werden, weil in beyden Fällen blos von einer Substitution die Rede war und die sonst mit einer Verzögerung der Sache verbundenen Inconvenienzien hier wegfielen.

und wider das, was man bisher dafür gesagt hat, verschiedene Einwürfe, die einen gewissen Schein haben, gemacht worden sind, und daher verschiedene Consistorien in dergleichen Irrungen, Entschliessungen fassen, die weder der Beschaffenheit derselben überhaupt, noch den Rechten angemessen sind, so wird es, wie ich hoffe, nicht ohne Nutzen seyn, wenn ich dadurch, daß ich den aufgestellten Satz beweise, mithin auch die Einwürfe, welche dagegen gemacht werden, entferne, denjenigen Consistorien, welche bisher diesen Gegenstand nicht von allen Seiten betrachtet haben, Gelegenheit zu Fassung einer richtigen und festen Entschließung zu geben suche.

§. 2.

Deutlich ist die Vorschrift des Canonischen Rechts, welche die auf ein noch nicht eröffnetes geistliches Beneficium ertheilte Anwartschaft und das darauf abzielende Versprechen gänzlich verwirft und für unwirksam erkläret. Pabst Bonifacius VIII. e) wiederholt nicht nur die ältern Verordnungen dieser Art, sondern hebt auch alle Mißbräuche derselben durch folgende Decretalverordnung auf: *Sane licet — — Nos malis hujusmodi et animorum periculis occurrere cupientes, promissiones easdem et alias quascunque sub quouis modo aut forma verborum de caetero faciendas*

e) Cap. 2. X. de concessione praebendae et ecclesiae non vacantis in 6to, womit auch das Cap. 8 zu vergleichen ist.

ciendas, per quas directe, vel indirecte aperiri via valent ad beneficia vacatura auctoritate apostolica penitus reprobamus et omnino iuribus vacuamus. Ein Versprechen, welches die Gesetze für nichtig erklären, kann an sich schon der Natur der Sache nach, wenn diese keine andere Bestimmung durch das Gesetz erhalten hat, von keiner Wirkung seyn, mithin keine Klage auf das, was versprochen worden ist, oder auf ein sogenanntes id, quod interest begründen; noch vielmehr aber muß dieses von einem Versprechen gelten, welches die Gesetze auf nur gedachte Art verwerfen und für unerlaubt erklären f).

Uebri-

f) L. 7. §. 16. D. de pactis, wo Ulpian sich so ausdrückt: Et generaliter quoties pactum a iure communi remotum est, seruari hoc non oportet; nec legari, nec ius iurandum de hoc adactum ne quis agat, seruandum, et si stipulatio inter posita seruanda non est. Die Worte: nec legari, haben viel Streit veranlaßt. Iac. Cuiacius lib. 1. c. 24. p. 16. tom. 3 operum priorum vertheidiget diese Lesart, weil ein den Gesetzen zuwider laufendes Vermächtniß ungültig sey und sagt: ita in Florentinis et scriptis Codicibus legitur. Letzteres bezweifelt man nicht; es kommen auch die gemeinen und kritischen Ausgaben der Pandecten, mit Ausnahme der Haloanderschen, in welcher man legatur, liest, hierin überein. Allein ersteres paßt schlechterdings nicht, wie schon von andern Rechtsgelehrten bemerkt worden ist, in den Zusammenhang; Höpfner in der Sammlung der römischen Gesetze S. 29. Von einem Vermächtnisse hat hier gar nicht die Rede seyn sollen; auch ist die Stelle so gefaßt, daß sie hiervon nicht mit verstanden werden kann. Daher haben andere diese Leseart zu verbessern gesucht. Ant. Faber in rationalib. in Pandectas h. t. liest mit andern: nec ligare. M. Ant. Muretus aber in lib. sing. obseruat. iuris, in Otto-

Uebrigens kommt auf die Art und Weise desselben und auf die Worte, deren man sich bedienet, nichts an, genug daß man dabey die offene, oder versteckte Absicht hat, einer Person ein noch nicht eröffnetes geistliches Beneficium auf eine directe, oder indirecte Weise zu ver-

Ottonis thesauro juris Tom. IV. p. 139 setzt dafür: nec allegari. Mir dünkt, daß man gar keinen Beruf zu einer Verbesserung habe; indem die Worte: nec legari hier weiter nichts sagen, als daß auch keinem andern ein Auftrag oder Befehl zu dergleichen Vertrage ertheilt werden, mithin auch letzterer sich damit nicht entschuldigen können. Das Wort: legare, bedeutete anfänglich soviel, als mandare, iubere. Plautus in Casin. Act. 1. sc. 1. v. 12: quin potius, quod legatum est tibi negotium, id curas. Cicero Att. 4, 2 et Fam. 3, 8. 13. Dieses ist die erste, mithin wahre und eigentliche Bedeutung. In der Folge erhielt es mehrere bestimmtere Bedeutungen; man brauchte es nemlich bey Testamentsverordnungen überhaupt und endlich in dem engsten Sinn bey Aussetzung eines sogenannten Vermächtnisses, welches daher legatum genannt wurde. — Mit dem angeführten L. 7. §. 16. D. de pactis stimmt überein L. 5. Cod. de Legibus, welcher meine Meinung offenbar bewähret. Hier kommt die Regel vor: nullum pactum, nullam conuentionem, nullum contractum inter eos volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente; sodann aber heißt es: secundum itaque praedictam regulam, qua vbicunque non seruari factum lege prohibente, certum est, nec stipulationem huiusmodi tenere. nec mandatum vllius esse momenti, nec sacramentum admitti. Damit vergleiche man auch c. 64 X. de Regulis iuris in 6to et c. 8. X. de pactis, wo es heißt: „pactiones factae a vobis pro quibusdam spi„ritualibus obtinendis, cum in huiusmodi omnis pactio „omnisque conuentio debeat cessare, nullius sunt mo„menti. — Nam etiam iuxta legitimas sanctiones „pactum turpe, vel rei turpis, aut impossibilis de „iure vel de facto nullam obligationem inducit.

verschaffen. In einer der vorher bemerkten Irrungen drückte sich der Kläger so aus: — Es hat Beklagter als Kirchenpatron zu O. Klägern seit drey Jahren zu wiederholtenmalen das Versprechen geleistet, im Fall der damalige Pfarrer daselbst, Herr Pastor K., um Beysetzung eines Amtsgehülfens bitten, oder Alters und Kränklichkeit halber eines solchen benöthiget seyn sollte, Kläger von ihm, dem Beklagten, hierzu benennet, auch auf den Fall, wenn derselbe mit Tode abgehen würde, niemand von ihm, als Kläger zu dieser Pfarrey präsentirt werden sollte. Ob nun wohl Kläger jedesmal dieses Versprechen mit Dankbarkeit ausdrücklich angenommen hat, mithin zwischen Beklagtem und ihm ein förmlicher Vertrag zu Stande gekommen ist; so will dennoch ersterer sein Versprechen nicht halten, ob er wohl dazu den Rechten nach verbunden ist. — Als ihm hierauf bey dem Verfahren die Einrede entgegengesetzt wurde, daß eine Expectanz auf ein geistliches, noch nicht eröffnetes, Beneficium ungültig und unerlaubt sey, so suchte er unter andern auch durch folgende Replik diese Einrede zu entkräften: — Das Canonische Recht redet von einer wirklichen Expectanz, nicht aber von einem zwischen einem weltlichen Kirchenpatron und einem andern geschlossenen *pacto de praesentando*, welches im vorliegenden Falle einen rechtmäßigen Klaggrund abgiebt. Beklagter konnte Klägern nicht mehr geben, als er selbst hatte; er konnte ihm also auch

keine Expectanz auf die Pfarrey zu O. geben, denn dazu wäre die Einwilligung des Herzoglichen Consistorii und die Beystimmung der O—dorfer Gemeinde erforderlich gewesen; allein versprechen konnte er Klägern wohl, ihn, im Fall, daß der O—ser Pfarrer eines Substituten benöthiget seyn, oder mit Tode abgehen würde, zu präsentiren, und dieses Versprechen hat er demselben mehrenmalen gethan. Auf eine Analogie, woraus sich das Gegentheil ergeben soll, braucht man sich nicht einzulassen. Allein abgesehen davon, daß der Kläger sich einen irrigen Begriff von einer Expectativ, oder Anwartschaft macht, und es in der Natur der Sache, so wie in dem Geiste eines Gesetzes liegt, daß, wenn nach demselben etwas zu versprechen mir nicht erlaubt ist, ich auch eben so wenig dasjenige, wovon jenes nur eine nothwendige und lediglich beabsichtigte Folge ist, versprechen kann; so sind auch alle Versprechen überhaupt, die zu Erlangung einer geistlichen Pfründe directe, oder indirecte führen, zu welchen doch wohl ohne Zweifel Versprechen jener Art gehören, ausdrücklich angegebene Gegenstände des angeführten Gesetzes. Zwar glaubt der Kläger dagegen sich auf eine Decretalverordnung des Papstes Innocenz des III. g) berufen zu können, in welcher es heiset: — *nos autem considerantes, quod aliud est praelatam promittere beneficii collationem, cum poterit, aliud, cum in multis casibus se facultas offerre posset, in quibus*

g) Cap. 14 X. de concessione praebendae et ecclesiae non vacantis.

bus collatio non esset in expectatione vacaturi beneficii differenda: mandamus, quatenus memorato R. cum poteritis, beneficium ecclesiasticum assignetis. — Allein diese auf ein Wortspiel hinauslaufende Bestimmung vom Jahre 1210 ist von Bonifacius VIII. in jener schon angeführten Verordnung vom Jahre 1298 mit folgenden Worten aufgehoben worden h): licet olim fuerit canonica constitutione decretum, quod ii, qui promittunt aliquibus de beneficiis ecclesiasticis, *cum potuerunt*, vel *cum facultas se obtulerit*, prouidere, promissiones suas facultate se offerente, debeant adimplere: quia tamen, sicut experientia docuit, per promissiones hujusmodi, quae per importunitatem nimiam et per ambitionem improbatam et plurimum extorquentur, aperitur via *sub tali palliatione verborum*, ad promittenda damnabiliter contra Concilium Lateranense beneficia vacatura, mortis alienae votum ingeritur et ecclesiis ac praelatis, et personis ecclesiasticis grauamina plurima inferuntur: nos malis hujus modi et

h) Dieses Verbot hat auch die Tridentinische Kirchenversammlung ausdrücklich wiederholt. Sessio 24 cap. 9 de reformatione — „decernit sancta synodus, mandata de prouidendo et gratiss. quae expectiuae dicuntur, nemini amplius, etiam Collegiis, Vniuersitatibus et aliis singularibus personis, etiam sub nomine indulti, aut ad certam summam, vel alio quouis colore concedi, nec hactenus concessis cuiquam vti licere, sed nec reseruationes mentales, nec aliae quaecunque gratiae ad vacatura, nec indulta ad alienas ecclesias, vel monasteria alicui, etiam ex sanctae Romanae ecclesiae cardinalibus concedantur, et hactenus concessa abrogata esse censeantur.

cet. — Diese hier erwähnte kanonische Constitution kann keine andere seyn, als die angeführte Innocenzische. Da nun unser Gesetz so allgemein gefaßt ist und sogar eine Bestätigung älterer Verordnungen enthält, welche namentlich einer Präsentation zu einem geistlichen Beneficium aus einem Versprechen zur Präsentation, welches ein weltlicher Kirchenpatron ertheilt, alle verbindende Kraft absprechen i); so verdient auch die Behauptung, daß die Ungültigkeit eines von einem weltlichen Kirchenpatron k) geleisteten Versprechens zur Präsentation nur aus der Analogie des kanonischen Rechts hergeleitet werde, um so weniger einige rechtliche Beabsichtigung, da sich schon aus der Beschaffenheit des einem Laien zustehenden Patronatsrechts die

i) Cap. 8 X. de iure patronatus et c. 16 X. de conc. praeb. et eccl. non vacantis. Io. Arn. Coruinus in iure canon. per aphorism. explicato lib. 2. tit. 33. §. 3 et in tract. de personis et beneficiis ecclesiasticis lib. 5. tit. 7. n. 29.

k) Es versteht sich von selbst und darf daher nur um des schwächern willen bemerkt werden, daß die Ausdrücke: weltlicher und geistlicher Kirchenpatron in technischem Sinne genommen werden. Ein geistliches Patronatsrecht steht einer Kirche, oder einem geistlichen Korpus, oder einer kirchlichen Person, als solcher, vermöge eines geistlichen Beneficiums zu. Ein Geistlicher also, welcher ein Gut besitzt, unter dessen Gerechtsamen sich mit das Patronatsrecht befindet, ist in Rücksicht desselben kein geistlicher Kirchenpatron, sondern ein weltlicher. Denn das weltliche Patronatsrecht ist dasjenige, welches einem Laien, oder Geistlichen, jedoch Letzterm nicht Kraft eines geistlichen Beneficiums, sondern als ein sonst erworbenes Recht zusteht. Thom. Dolleschall in diss. de iure patronatus (Coloniae 1783) c. 2. §. 1. p. 9.

die Anwendbarkeit des Verbots sehr wohl erklären läßt, indem eines Theils einem solchen Patron nicht die eigentliche Collation der geistlichen Pfründe, und des damit verbundenen Amtes zustehet, sondern er lediglich die Präsentation dazu, oder zu dem damit verbundenen Amte hat l), mithin demselben, wenn er dieserhalb gültige Versprechen leisten dürfte, ein besseres Recht, als dem ordentlichen Collator zustehen würde, da ihm doch gleichwohl ein eingeschränkteres und geringeres Recht ertheilt ist m), andern Theils aber

l) C. 31 X. de iure patronatus. Henr. Pirrhing in iure can. lib. 3. tit. 38. n. 28. Iust. Henn. Boehmer in iure paroch. sect. 3. c. 1. §. 13.

m) Ludw. Engel in Coll. iur. can. lib. 3. tit. 38. n. 11. p. 862 scheinet das Gegentheil zu behaupten: — regulariter autem (excepto tempore ad praesentandum) semper magis priuilegiatum est iuspatronatus laicorum, quam ecclesiasticum, vt laici habeant remunerationem aliquam fundationum suarum, ad eas faciendas tanto magis inuitentur. Ecclesiastici vero, cum raro ius patronatus habeant ex fundatione, sed frequentius ex priuilegio vel donatione, ideo tantum fauorem mereri non videntur. Das nemliche sagt Dolleschall cit. loc. §. 2. p. 9. Allein erstens hat der weltliche Patron doch allezeit ein eingeschränkters und geringeres Recht. Abgesehen von andern Bestimmungen, so liegt in der Präsentation eines geistlichen Patrons eine wirkliche Collation, in der des weltlichen nur ein Vorschlag. Zweytens scheint zwar zuweilen unter diesem Patronatsrechte ein Unterschied zum Vortheil des weltlichen Patronatsrechts gemacht zu seyn, allein bey genauerer Erwägung verliert sich diese anscheinende Begünstigung. van Espen in jure eccles. vniuers. p. 11. tit. 25. c. 5. §. 19. Pet. Leurenius in foro benef. p. 11. sect. 1. p. 74., et Io. Sal.

aber die Verleihung dem Präsentirten, wenn er die zu einem geistlichen Amte sowohl überhaupt, als nach der Natur des geistlichen Amts, von dem die Rede ist, und Stiftsbedienungen erforderlichen Kenntnisse und Eigenschaften hat, auch in der Art der Präsentation kein Fehler liegt, nicht versagt werden kann, sondern dieselbe nothwendig erfolgen muß n), folglich diese Präsentation der Wirkung nach so gut ist, als das von einem geistlichen Kirchenpatron auf ein erledigtes geistliches Beneficium ertheilte Versprechen. Die Gesetzgeber würden daher durch die Behauptung, daß ihr Verbot nur von Versprechen auf eine noch nicht erledigte geistliche Pfründe, keinesweges aber von Versprechen zur Präsentation dazu, oder zu dem damit verbundenen geistlichen Amte zu verstehen sey, um so gewisser der gröbsten Inconsequenz und Ungereimtheit bezüchtiget werden, weil die Gründe des Verbots, wie in der Folge gezeigt werden wird, beyden Arten dieser Versprechen gemein sind. Ueberhaupt trifft

Sal. Brunquell in opusc. p. 547 seq. Andere nehmen daher an, daß das geistliche Patronatsrecht begünstiget sey. Georg Wiese im Handbuche des Kirchenrechts Th. 2. S. 414.

n) C. 32. c. 26. quaest. 7. c. 1 X. de praebend. in 6to. Phil. Hedderich in element. iur. can. p. 11. 164. Daher ist auch in der Altenburgischen Landesordnung p. 1. c. 5. tit. 1 dem Herzoglichen Consistorium aufgegeben, das von einem Kirchenpatrone zu einem geistlichen Amte ausersehene und präsentirte Subjekt sofort zur Prüfung zu admittiren und demselben, wenn es tüchtig befunden wird, eine andere Person, wenn sie auch noch tüchtiger seyn sollte, als der Präsentirte, nicht anzusinnen.

trifft auch das Verbot das Versprechen eines weltlichen Kirchenpatrons zur Präsentation schon in Rücksicht des demselben ausschließend zustehenden Variationsrechts, vermöge dessen er nach geschehener Präsentation noch andere präsentiren kann o), weit stärker, als das Versprechen eines geistlichen Patrons zu einer Pfründe. Denn wenn ich auch mit andern verneine, daß man dadurch den weltlichen Patron habe begünstigen wollen p), und denjenigen beypflichte, welche behaupten, daß das Variationsrecht wider die alte Kirchendisciplin angeführt sey, und den wirklichen Collatoren einen gewissen Vortheil gewähret habe q); so beruhet doch dasselbe auf einem Grunde, den die einsichtsvollern Canonisten r), die Päbste s) und die Vernunft anerkennen, und können

o) C. 5. 24. 29 et 31 X. de iure patronatus.

p) Esper und Leurenius an d. a. Orten. Schilter in Inst. iur. can. lib. 1. tit. 13. §. 11. Titius in der Probe des geistlichen Rechts B. 1. Hauptst. 7. §. 13. Iust. Henn. Boehmer in iure eccles. lib. 3. tit. 38. §. 93. Brunquell loc. cit. p. 556.

q) Brunquell sagt a. a. Orten: „ita contigit, vt ius patronatus laicale in simplicem et nudam denominationem sensim transmutatum fuerit, vtque non tam patronus laicus, quam Episcopus iure praeficiendi ecclesiae amplius gaudeat. Immo inde factum videtur, vt patroni in quibusdam ecclesiis duos, vel tres candidatos, magno cum suo praeiudicio, simul adstricti fuerint praesentare.

r) Gonzalez de Tellez in comment. ad cap. 5 X. de iure patronatus. a Costa in Comm. ad X. p. 554. Ant. Dad. Alteserra ad X. Innocentii III. p. 72. Dartis de beneficiis Sect. 6. cap. 6.

s) C. 2 X. de renunciatione in 6to. Auch in den neuern Zeiten haben die Päbste diesen Grund angegeben.

nen die versteckten Absichten, die man bey Einführung des Variationsrechts gehabt hat, hier nicht in Betracht kommen. Nemlich von einem geistlichen Kirchenpatron muß und kann man nach den Gesetzen erwarten, daß er sich bey der Wahl eines Subjects zu einem geistlichen Beneficium nicht übereilen und das tüchtigste und vorzüglichste Subjekt sogleich ausersehen werde, bey weltlichen Patronen aber kommt, wie die Erfahrung lehret, eine solche Uebereilung oft vor. Damit er nun nach besserer Ueberzeugung handeln und, wenn er sich geirret hat, diesen ihm verzeihlichen Irrthum zum Besten der Gemeinde verbessern könne; so muß man ihm erlauben, ein anderes Subjekt zu präsentiren. Man kann nicht einwenden, daß der Präsentirte erst geprüft und, wenn er bey dieser Prüfung seine hinlängliche Fähigkeit zur Verwaltung des mit der geistlichen Pfründe verbundenen Amts bewiesen habe, angenommen werde; denn unter der Tüchtigkeit ist doch wahrlich ein großer Unterschied. Beruhet das den weltlichen Patronen zustehende Variationsrecht auf einem so vernünftigen Grunde, so folgt von selbst, daß die von ihnen geleisteten Versprechen und geschlossenen Verträge über dergleichen Präsentationen noch weit mehr verboten seyn müssen, als die von geistlichen Patronen ertheilten Anwartschaften dieser Art. Vielleicht ließe sich auch behaupten, daß, weil das Variationsrecht, der ausdrücklich zu erkennen gegebenen Absicht nach, zum Besten der Kirche eingeführt worden sey, ein Laienpatron schon aus diesem Grunde sich desselben durch eine Anwartschaftsertheilung nicht begeben könne. Bey diesen Um-

stän-

ständen ist auch der Einwand unbedeutend, daß dergleichen Expectanzen in dem kanonischen Rechte t) als Schenkungen angesehen würden, mithin, da eine Donation keinem willkührlichen Widerruf unterworfen sey, dieselben eben so wenig, als solche Versprechen der Präsentation für verboten geachtet werden könnten. Durch die in dem römischen Kanzleystyl aufgenommene Benennung, deren man sich besonders bey Instrumenten, die über Expectanzen ausgefertiget wurden, bediente, hat man nichts weniger, als die Rechte einer Schenkung einführen wollen. Ganz füglich konnte man dieselben so nennen, weil man an den Orten, wo der Ausdruck Donation, vorkommt, nicht von der an sich schon verbotenen Simonie, sondern von unentgeldlich ertheilten Versprechen dieser Art reden und auch diese als verbotene Handlungen darstellen wollte. Daher finden wir diesen Ausdruck selbst in dem oben angeführten c. 16 X. de concessione praebendae et ecclesiae non vacantis, welches ein von einem Laienpatron ertheiltes Versprechen zum Gegenstand hat und dasselbe für ungültig erkläret.

§. 3.

Bey den Einwürfen, die ich widerleget habe, bleibt man aber nicht stehen; man greift die Sache auch noch auf einer andern Seite an. Man behauptet nemlich, daß, wenn man auch ein solches Verbot der Expectanzen auf geistliche Stellen annehmen und dasselbe

t) C. 9 X. de concess. eccles. et praeb. non vacantis c. 4 X. de donationibus.

selbe von dem Versprechen der Präsentation zu einer geistlichen Pfründe verstehen könnte, dennoch triftige Gründe vorhanden wären, warum dasselbe heutigen Tages in Teutschland und besonders bey den Protestanten nicht mehr anwendbar sey. Dieses soll erstens die bekannte sogenannte Rechtsregel: Cessante legis ratione, cessat lex ipsa, beweisen. Hierüber drückte sich der Advocat in der gedachten Irrung so aus: — Alle zum Beweise des Verbots angeführte Gesetze haben einen doppelten Grund, *α) ne desiderare quis mortem proximi videatur*, und *β) quod hoc etiam in legibus gentilitium inhibitum reperiatur*, von welchen der eine so unstatthaft und unanwendbar ist, als der andere. Denn ad *α)* wird niemand leugnen, daß dieser Grund und die davon abhangenden Gesetze zwar wohl für das italienische Clima, und den dortigen Volksgeist passen und diesem ihre Entstehung zu verdanken haben mögen, daß aber auch gegen über solche bey unserer teutschen, so heftige und widernatürliche Leidenschaften zu erregen weniger geschickten Himmelsgegend auf unsern festen und vorsichtigen Charakter ganz unanwendbar bleiben müssen. Es legt sich hieraus zugleich ad *β)* die Richtigkeit des zweyten Grundes zu Tage. Unerwähnt, daß es einer ungebildeten Nachwelt nicht verziehen werden kann, den Grund ihres Denkens und Handelns im Grunde des Denkens und Handelns einer ungebildeten Vorwelt zu suchen, so sahen hier offenbar die decretirenden Päbste auf die Verordnung des römischen Rechts

de

de pactis successoriis hin, welchen der Grund ad *a*) untergelegt ist. Aber wem sollte es nicht bekannt seyn, daß heut zu Tage alle *pacta successoria, caeteris paribus*, zu Recht beständig sind. So unrühmlich und undelikat überhaupt das Bestreben ist, durch mühsames Hervorziehen verrosteter und bestäubter Gesetze, deren Gelegenheit und Grund lediglich in dem höchsten Grad der Unsittlichkeit einer Völkerschaft der finstersten Vorzeit lieget, sich *in foro soli* einer Verbindlichkeit entziehen zu wollen, an deren Ungültigkeit *in foro poli* gar nicht gedacht werden darf, eben so äußerst vernunftwidrig würde es seyn, wenn man den Folgen einer Verordnung Platz geben wollte, da sie selbst als unpassend ausgerottet und abgeschafft werden muß. Mögen daher die Gegner die Anwendbarkeit dieser kanonischen Gesetze vindiciren wollen, so werden sie doch nicht im Stande seyn, die allgemeine Sprache der Vernunft durch ihre einzelnen Stimmen und sonderbaren Behauptungen unterdrücken zu können u). In der That gehet der Advocat weiter, als er gehen wollte. Seine Absicht war, die Anwendbarkeit der angeführten Regel in Ansehung unsers Verbots zu beweisen, und er glaubt sogar bewiesen zu haben, daß dasselbe unvernünftig sey. Wäre letzteres richtig, so würde

u) Weil der Advocat eine Sprache führet, welche auf viele Menschen, die wegen ihres schwachen Verstandes und ihrer seichten Kenntnisse in den Geist einer Sache nicht eindringen können und daher durch Worte hingerissen werden, einen starken Eindruck macht, so habe ich ihn selbst reden lassen.

würde die Sache als entschieden angesehen werden müssen; allein bey einer ruhigen Betrachtung der Sache von allen Seiten, ohne welche man überhaupt nur ungründliche Urtheile fällt, stellt sie sich anders dar. Es zeigt sich dabey, daß das Verbot auch auf unser Klima und auf unsern Volksgeist paßt, daß es bloß wegen der gewöhnlichen Schwäche der menschlichen Natur nöthig ist, daß Uebel vermieden werden sollen, welche außerdem für die Kirche zu befürchten sind und daß kein Anlaß zu Entstehung unsittlicher Gedanken gegeben werden soll. Wahr ist es, daß kein weiser Gesetzgeber deswegen allein, weil eine Handlung Anlaß zu dem Wunsche des Todes dieser und jener Person geben kann, dieselbe gesetzlich zu verbieten, bewogen werden wird, denn sonst müßte er gar viele Handlungen einem gesetzlichen Verbote unterwerfen. Wenn aber schon andere Gründe ihn zu einem solchen verbietenden Gesetz auffordern x), dann zeigt er sich als einen gutgesinnten Gesetzgeber, wenn er dabey zugleich den Gedanken hat, daß dadurch auch etwas vermieden werden könne, was auf den moralischen Charakter der Unterthanen einen üblen Einfluß hat. Mit Vergnügen gebe ich zu, daß ein

x) Die Gründe, welche man Expectativen auf Aemter überhaupt entgegensetzt, beweisen schon soviel, daß dieselben nur selten und mit vieler Vorsicht ertheilt werden sollten. So notorisch es ist, daß oft sowohl Aemter überhaupt, als auch besonders geistliche schlecht besetzt werden, so gewiß ist es auch, daß sie, wenn die Expectativen gewöhnlich werden sollten, noch schlechter würden besetzt werden. Wer kann aber daran zweifeln, daß schlechte Diener des Staats demselben und dem Staate unendlichen Nachtheil bringen?

ein Theil der Teutschen einen festen und vorsichtigen Charakter habe; mit Bedauern aber glaube ich, daß man dieses von dem größern Theile der Teutschen nicht rühmen und von der Festigkeit und Vorsichtigkeit des Charakters auf die Güte desselben nicht sicher schließen könne. Man muß in der Menschengeschichte derselben sehr fremd seyn, wenn man das Gegentheil behaupten will. Wären die Anwartschaften auf geistliche Aemter erlaubt, so würde gewiß bey dem größern Theile der Expectanten, auch ohne italienisches Klima, der Wunsch entstehen: Möchten doch die Alten bald mit Tod abgehen! Wenn wir daher auch einigen Päbsten unsern Beyfall nicht geben können, welche solche Expectanten mit Dieben, Mördern und Ehebrechern vergleichen y); so verdienen sie doch keinen Tadel, wenn sie, neben andern Gründen, auch den Gedanken äußern, daß bey einem solchen Expectanten der Wunsch des Todes eines andern entstehen könne. Selbst Bonifacius VIII. entschuldigt seine starken Verordnungen mit einer gerechten Veranlassung. Weil, sagt er, das Laufen, Rennen, Betteln und Flehen so frech, groß und unverschämt zu seyn pflege, daß auch der gerechteste dadurch auf Abwege geführet werden könne, so habe er die verdammten Anwartschaften auf noch nicht erledigte Pfründen auf einmal gänzlich abgeschafft. Schon diese Veranlassung zeigt uns den, das Gesetz hinlänglich rechtfertigenden, Grund. Weil solche Abwege, auf welche unwürdiges und zudringliches Benehmen führet, nachtheilige Folgen für die Kirche haben; so muß man dieselben durch ein

y) C. 10. et 39. C. 7 Quaest. 1.

ein Verbot der Expectanzen verschließen und auf solche Weise die zu befürchtenden Nachtheile von der Kirche abzuwenden suchen. Pabst Bonifacius drückt daher die Gründe seines Verbots so aus: „Quia tamen, sicut experientia docuit, — mortis alienae votum ingeritur, et ecclesiis ac praelatis, et personis ecclesiasticis grauamina plurima inferuntur: nos malis huiusmodi et caet—." Da nun bey den Protestanten lediglich diejenigen Verordnungen des in Teutschland in Subsidium angenommenen kanonischen Rechts, welche der evangelischen Kirchenverfassung widersprechen, oder Sachen zum Gegenstand haben, die bey den Protestanten abgeschafft worden, oder ihnen unbekannt sind, oder welche auf einem von ihnen verworfenen Lehrsatze, als dem einzigen Grunde, beruhen, oder welche man überhaupt bey der Reception nicht anerkannt hat, unanwendbar sind; so kann jenes dahin nicht zu rechnende Verbot um so weniger aus der Reihe der Grundsätze des gemeinen Kirchenrechts der Protestanten weggestrichen werden, als eines Theiles selbst inadäquate Gründe eines Gesetzes desselben Kraft nicht aufheben z) und andern Theils nicht zu verkennen ist, daß dadurch jene nachtheiligen Folgen, welche dergleichen verbotene, besonders von weltlichen Patronen ertheilte, Versprechen nach sich ziehen würden, vermieden werden. Wären solche Versprechen gültig und verbindlich, so würde, abgesehen von jenen nachtheiligen Folgen und von den Grün-

z) M. s. Herrm. Ern. Rumpel pr. de legum rationibus, quae in ipsis legibus minus accurate exhibentur, Erfurt 1765. Püttmann in probabilibus iuris et in obseruat. iuris criminalis.

Gründen überhaupt, welche wider Expectativen auf Aemter, besonders auf geistliche, sprechen, die verneinende Stimme, welche man der Gemeinde bey Anstellung eines neuen Kirchendieners verstattet a), gewiß nie von einiger Wirkung seyn können. Entweder setzt sich der Patron bey der Ertheilung des Versprechens vor, der gegründeten Einwendungen ohngeachtet, welche die Gemeinde wider eine solche Person haben dürfte, dasselbe dennoch geltend zu machen und damit durchzudringen, oder er hat, welcher Fall jedoch selten eintreten wird, einen solchen Vorsatz nicht. Im ersten Fall hat er eine ungerechte und unerlaubte Absicht, deren Ausführung der Kirche offenbar nachtheilig ist; im zweyten Fall aber unternimmt er eine Handlung, welche keinen Nutzen hat und die er daher unterlassen kann. Auch werden dergleichen Anwartschaften geheim ordentlich verhandelt, oder sie sind eine Vergeltung erwiesener Dienste, oder sie werden demjenigen ertheilet, welcher durch seine affectirte Ehrerbietung sich selbst empfohlen hat, oder durch gute Freunde, bey welchen dergleichen Dinge zum Grunde liegen, empfohlen worden ist, oder dessen Zudringlichkeiten man nicht widerstehen will. Alle diese Dinge verwirft die heilige Schrift

a) Carpzov in iurisprudent. ecclesiast. lib. 1. tit. 3. def. 50. n. 9. 10 et 11. Leyser in dissert. de iniquitate et recto vsu expectantiarum §. 53. p. 1310. tom. IV. meditat. ad Pandectas. Boehmer in iure parochiali sect. 3. c. 1. §. 18. p. 111. Hiermit stimmt auch die Altenburgische Landesordnung S. 37 überein.

Schrift und die Natur der Sache b) und selbst die Altenburgische Landesordnung c), in welcher es heißt: — die Kirchenpatronen sollen niemanden um Gunst, bloser Privatverdienste, privat Rücksichten, noch ungestümmen Anlaufens willen fördern, — bey der Beförderung einer schon erledigten Stelle; mithin wird hierdurch das Verbot des kanonischen Rechts selbst unter Anerkennung seiner Veranlassung, um so gewisser bestätiget, als bey der Ertheilung einer solchen Expectativ das eine, oder das andere jener Verhältnisse um deswillen nothwendiger Weise statt finden muß, weil man außerdem gar keinen Grund hat, den Fall der Erledigung der Pfründen nicht abzuwarten. Man kann dagegen nicht einwenden, daß einem Candidaten, welcher die nöthigen Kenntnisse in dem zu wünschenden Grade der Vollkommenheit besitzt und damit einen guten moralischen Charakter verbindet, bey dem gewöhnlichen Gange der Dinge nicht zu verdenken sey, sich um eine Anwartschaft zu bemühen, und nicht erst den Erledigungsfall abzuwarten. Denn eines Theiles sind solche Subjecte an sich schon weniger geneigt dazu, als Unwürdige, welche aus Selbstkenntniß ihrer Unfähigkeiten gewissermaßen genöthiget sind, alle mögliche Wege, sie mögen noch so schief und krumm seyn, betre-

b) Leyser cit. dissert. §. 54. Boehmer cit. loc. §. 35. von Justi in den historischen und juristischen Schriften, B. 1. S. 341.

c) S. 259.

betreten zu müssen glauben, um vor Würdigern sich in ein geistliches Amt einzuschleichen, und andern Theils finden viele, welche, weil sie sich fühlen und dabey vielleicht wahre Frömmigkeit haben, mit Recht solche Wege schlecht und bedenklich. Auch läßt sich keine Ausnahme, wegen des nicht zu vermeidenden Irrthums und Mißbrauchs, rechtfertigen. Uebrigens beziehe ich mich auf das, was ich in Ansehung des Grundes des den weltlichen Patronen zustehenden Variationsrechts gesagt habe. Da man ihnen dasselbe um deswillen verstattet, damit sie dem Würdigen, der sich findet, den Vorzug sollen geben können; so würde man sich einer groben Inconsequenz schuldig machen, wenn man ihre Versprechen auf noch nicht erledigte Pfründen dennoch als verbindlich ansehen wollte. In der That ist auch ein solcher Vorzug bey den meisten geistlichen Aemtern noch weit nothwendiger, als bey weltlichen, weil bey diesen der Nachtheil sehr oft nur diejenigen trifft, welche gefehlt haben, nemlich den Herrn, welcher aber gewöhnlich lebt und stirbt, ohne etwas davon zu erfahren, und den Diener, bey jenen aber derselbe jederzeit sich viel weiter erstreckt. Hieraus nun folgt, daß jene Regel: Cessante legis ratione cessat eius dispositio, welche die Puppe ist, womit besonders ungelehrte Practiker spielen, wenn wir sie selbst anerkennten, gar keine Anwendung finden könnte. Allein sie verdient auch nicht einmal den Namen eines Grundsatzes, denn ein Gesetz verliert blos deswegen seine Gültigkeit nicht, weil die Gründe, worauf dasselbe anfänglich beruhete, in der Folge ganz weg-

fallen d). Ein Gesetz kann Nutzen haben, ohne daß gerade die ersten Gründe desselben fortdauern. Der Gesetzgeber hat nicht nöthig, den Grund des Gesetzes anzugeben, und der Richter sich darum, wenn letzteres undeutlich ist und die gesunde Vernunft ihn zu einer Auslegung nicht präceptivisch um deswillen auffordert, weil dasselbe so, wie es lautet, derselben zuwider ist oder mit andern Verordnungen in einem offenbaren Widerspruche stehet, nicht zu bekümmern. Oft giebt zwar der Gesetzgeber einen Grund des Gesetzes an, findet aber für gut, die übrigen, welche demselben unterliegen, nicht bekannt zu machen, oder hat sich nur nicht gut ausgedrückt. Wie sehr würde hier der Richter fehlen, wenn er das Gesetz, weil der angegebene Grund wegfällt, als nicht mehr anwendbar ansehen wollte. Er muß daher ein solches Gesetz, dessen Grund wegfällt, so lange, als der Gesetzgeber es nicht ändert, wie eine Vorschrift betrachten, deren Gründe ihm unbekannt sind. Denn bis dahin kann und muß er schließen, daß der Gesetzgeber aus andern Gründen das Gesetz bey seiner Kraft erhalten wissen wollte; mithin kann um so gewisser nur dann jene Regel zur Anwendung gebracht werden, wenn mit dem Wegfallen des Grundes eines Gesetzes noch andere Umstände verbunden sind, welche einen richtigen Schluß auf den abgeänderten Willen des Gesetzgebers erlauben e), weil ausserdem der Willkühr des Richters soviel Spielraum gelassen

d) A. F. J. Thibaut in der Theorie der Auslegung des römischen Rechts S. 86.

e) Herr Professor Thibaut giebt in der angef. Schrift S. 88 solche Fälle an.

gelassen würde, daß er selbst zum Nachtheil derjenigen, welchen er Recht sprechen soll, ungestraft Eingriffe in die gesetzgebende Gewalt thun könnte.

§. 4.

Mit diesem so eben widerlegten uud aus der angeführten Regel hergenommenen Grunde wider die Anwendung des kanonischen Verbots verbindet der Advocat in jener Irrung zweytens noch einen andern. Er glaubt nemlich, daß eine allgemeine Rechts- und Länderobservanz dagegen vorhanden sey, und beruft sich zum Beweis auf die zuweilen von Päbsten uud evangelischen Landesherren ertheilten Expectanzen, auf die Domicellaren und Coadjutoren bey den teutschen Stiftern und die sogenannten Precisten, führt auch noch in dieser Absicht folgendes an: — Sehr gewöhnlich ist in den besondern Reichsländern, und vorzüglich in unserm Lande die Ertheilung einer Expectanz, mit vollkommener Verbindlichkeit, das Versprechen zu halten, wenn bey einer Patronatspfarrey der Patron einen Substituten setzen läßt; denn dadurch wird dem letztern *eo ipso* eine Expectanz entweder auf die nämliche Pfarrey, bey welcher er substituiret wird, oder auf eine andere seinem Patron gleichfalls zuständige ertheilt, indem kein Patron unter andern Bedingungen einen Substituten setzen lassen kann und darf f). — Allein auch dieser ganze Einwand ist in aller Rücksicht nichtig. Die Verordnung des

f) Carpzov de iurisprud. eccles. lib. 1. def. 16. 17 et 18. Deyling inprudent. pastoral. p. 2. c. 1. §. 20. Schilter in institut. iur. can. lib. 1. tit. 14. §. 29.

Pabstes Bonifacius VIII. redet mit der dadurch bestätigten von der ordentlichen Provision, welche ordentlicher Weise bey Beneficien vermöge des gemeinen Kirchenrechts statt findet, und nicht von der ausserordentlichen, welche auf einem besondern in einzelnen Fällen eintretenden Rechte beruhet. Daher betrifft sie das Recht der ersten Bitte der Regenten so wenig, als das rechtmäßig erlangte Recht der evangelischen Landesherren, nach welchem ihnen der Umwechsel der Monate und andere Reservationen, insofern mit diesem Rechte die Ertheilung einer Expectativ ohne Erweiterung desselben vereinbarlich ist, zustehen; und selbst den Päbsten würde jenes Verbot nicht entgegen stehen g), wenn nicht der bey dem 2ten Paragraphen bemerkte Schluß der Tridentischen Kirchenversammlung, wodurch alle mandata de prouidendo, gratiae et expectatiuae verboten und für kraftlos erkläret sind, dazu gekommen wäre. Sollte von den Päbsten, wie man behauptet, zuweilen dagegen gehandelt worden seyn, so haben sie doch hierdurch jenen von der katholischen Kirche anerkannten Schluß keinesweges vernichten können h) und noch vielweniger die Absicht gehabt in Ansehung anderer hierin

g) C. 7. 19. 38 X. de Rescript. c. 11. 12. 25 X. de concess. praeb. c. 3. 7 X. de concess. praebendae in 6to.

h) Ant. Schmidt in Institut. iur. eccles. p. 1. c. 1. sect. 3. §. 65. p. 200. P. I. a Riegger in Instit. iurispr. eccl. §. 3. p. 179 seq. Letzterer behauptet, daß derjenige, welcher dergleichen Gratie erhalten hat, darauf sich nicht berufen könne, weil in Teutschland durch die Concordaten dem Pabste mehrere Verleihungen bestimmt reserviret wären.

hierin das kanonische Recht abzuändern i), am allerwenigsten zum Nachtheile der Stifter, der Geistlichkeit und der Kirchenpatronen dergleichen Gratien, oder Expectanzen ertheilen dürfen k). Soviel aber die ordentliche Provision anlangt, so sind die Domicellaren unter jenem Verbote um deswillen nicht begriffen l), weil sie wirkliche Mitglieder des Stifts, als solche im Chor installiret werden, auch alle Pflichten derselben durch Singen und Beten erfüllen müssen, wenn nicht ein besonderes entgegengesetztes Herkommen sie befreyet m). Daher können dieselben, ob sie wohl erst in der Folge zum wirklichen, wenigstens gänzlichen, Genuß der Pfründe kommen und zu dem Stimmrechte gelangen, dennoch nicht mit den wahren Expectanten, welche zu verhindern die angeführten Gesetze beabsichtigen, verglichen und mit ihnen in eine und dieselbe Klasse gesetzet werden. Die wahren oder eigentlichen Expectanten verlangen ein geistliches Amt und die damit verbundene Pfründe, vermöge eines Versprechens, welches sie noch vor erfolgter Vacanz darauf erhalten haben; bey den Domicellaren aber, die zu einer Pfründe gelangen

i) Hätte der Pabst unser Verbot aufheben können und wirklich aufgehoben, so würde dieses dennoch auf Teutschland, wo es vermöge der Reception des kanonischen Rechts gilt, keinen Einfluß haben und auch sonst aus andern Gründen demselben keinen Nachtheil bringen.

k) Wahlkapituiation Art. 14. §. 1. Die hier vorkommende Stelle von unförmlichen Gratien, würde, wenn man gewollt hätte, besser haben gefaßt werden können.

l) Hedderich lib. cit. p. 3. tit. 10. §. 48. Schnaubert im Kirchenr. der Protestant. und Katholiken §. 561.

m) Iust. Henn. Boehmer in iure eccles. lib. 3. tit. 8. §. 20.

langen, ist das Amt der Rechtsgrund zum Erwerb der Letztern, mithin befolgt man auch hierbey den bis auf die neuern Zeiten anerkannten Grundsatz: beneficium datur propter officium n). Ueberdies gründet sich dieses auf rechtsgültige Statuten und Observanzen, und werden daher durch ein solches besonderes Kirchenrecht nicht nur die Domicellaren, sondern auch die sonst noch bey einigen Stiftern vorkommenden eigentlichen Expectanten hinlänglich gerechtfertiget. Das von den Coadjutoren entlehnte Argument ist folgends ganz unpassend. Schon in dem gemeinen Kirchenrecht sind Coadjutoren gebilliget und ist dabey eine erlaubte Provision vorhanden o). Diese Grundsätze änderten sich auch nicht, als man in Teutschland die Nothwendigkeit der Succession mit der Coadjutorie verband. Nur darin zeigten die Bischöffe auf der Tridentischen Kirchenversammlung ihren Widerwillen gegen die perpetuirlichen Coadjutoren, daß sie verordneten: es sollte lediglich wegen erweislicher Nothwendigkeit und besondern Nutzens ein solcher Coadjutor mit Bewilligung des Pabstes angenommen werden können p). So wenig

n) Obwohl die Domherren ihrer ursprünglichen Bestimmung nicht mehr nachkommen, so vertritt doch die Haltung der horarum canonicarum die Stelle des officii und suchen daher dieselben jenen Grundsatz auf diese Art zu beobachten.

o) C. 1. 17. C. 17. Q. 1. C. 5. 4. C. 8. Q. 1. C. 5. 6 X. de clerico aegrotante, c. 1. Eodem in 6to. c. vlt. X. de offic. vicarii. c. 81 X. de regul. iuris in 6to. Altoserra de Coadiutoribus episcoporum in eius diss. iur. can. lib. 1. c. 6.

p) Sess. 25. c. 7 de reformat.

wenig übrigens auch bey der ordentlichen Provision von den evangelischen Landesherren auf einen weltlichen Kirchenpatron, welchem es sehr oft an gutem Willen, oder an Einsichten, vielleicht auch an beyden fehlet, geschlossen werden kann; so gewiß glaube ich doch, daß jene um so mehr gerechtes Bedenken finden werden, dem kanonischen Verbot entgegen, entweder selbst oder durch ihre Consistorien Expectativen zu ertheilen und dadurch dessen Kraft zu schwächen, da sie das ihnen übertragene Kirchenregiment als ein von der Landeshoheit ganz verschiedenes Recht besitzen und ersteres nicht in Kraft der letztern ausüben. Auch können sie dadurch, daß man sie Bischöffe nennet, wie noch von verschiedenen protestantischen Consistorien und protestantischen Rechtsgelehrten auf eine lächerliche Weise geschiehet q), hierzu nicht aufgefordert werden, weil Bischöffe und Aebte nur nichtige und kraftlose Expectanzen ertheilen r). Ueberhaupt würde aus der Unanwendbarkeit des Verbots auf einige Subjecte und einige Arten von Pfründen schlechterdings nicht auf dessen Unanwendbarkeit im allgemeinen geschlossen werden können. Zwar läugne ich hierbey nicht, daß bey den Protestanten überhaupt, oder in einem und dem andern Lande dasselbe aufgehoben werden könne, zweifle aber, daß, aus Mangel an Gründen hierzu, dieses nur in einem Lande geschehen sey, und finde vielmehr, daß es sogar in den meisten

q) Das Lächerliche wird in keinem Betracht dadurch gehoben, daß sie zuweilen in dem Osnabrückischen Friedensinstrumente als Bischöffe angesehen werden.

r) van Espen in iure eccles. vniuers. p. 11. sect. 3. tit. 4. c. 3. Riegger a. a. O.

meisten protestantischen Ländern durch Verordnungen, womit eine Nichtbefolgung desselben sich nicht vereinigen läßt, oder woraus man sonst desselben Genehmigung richtig folgern kann, ist bestätiget worden s). Wenn es daher von verschiedenen Consistorien nicht beobachtet worden ist, und dieselben die von einem weltlichen Kirchenpatron ertheilten Anwartschaften nicht als völlig kraftlos angesehen haben, so beweißt dieses weiter nichts, als daß von ihnen gefehlet worden ist; und es würde sowohl Schwäche, als Mangel der rechtlichen Kenntnisse verrathen, wenn die Nachfolger oder andere geistliche Gerichte wähnen wollten, daß daraus eine Norm für sie entstehen könnte. Wenn der gedachte Doctor Küstner an dem bey dem ersten Paragraphen angeführten Orte sagt: Ein Sohn, welcher seines Vaters Expectativversprechungen nicht habe halten wollen, sey hierzu um so mehr angehalten worden, weil ein Kind seines Vaters Handlungen zu erfüllen schuldig und auf ihn nur das von dem Vater eingeschränkte Exercitium des Patronatsrechts gekommen sey; so verdient dieses zwar bemerkt aber nicht widerlegt zu werden. Dieses gilt auch von dem Argument, das jener Advocat von der Substitution hernimmt. Der Grund, warum ein solcher Substitut entweder die mit der Pfarrey, wobey er substituiret worden ist, oder welche er statt derselben bekömmt, verbundenen Pfründe erhalten muß, liegt nicht in einer hier nicht auf-

zu-

s) Daß dieses der Fall bey uns in dem Fürstenthum Altenburg sey, habe ich schon bemerkt. In einigen Ländern sind dergleichen Expectativen unter der Benennung Verschreibungen, ausdrücklich verboten. Stephani de iurisdictione lib. 3. p. 1. c. 18.

zufindenden Expectativ, sondern in der auf näher bestimmten Grundsätzen des kanonischen Rechts beruhenden protestantischen Kirchenverfassung. Weil er schon ein Officium hat, so muß er nach dem schon angeführten Canon das damit verbundene Beneficium, dessen völligen Genuß er wegen seines Seniors nicht haben konnte, erhalten; hat er aber das Officium nicht auf eine solche Art bekommen, daß es ihm nach dem Ableben des Senioris gelassen werden muß, so erfordert dennoch die Gerechtigkeit, ihm ein anderes Officium und die damit verbundene Pfründe zu geben. Das protestantische Kirchenrecht billiget in dieser Maße zum Besten kranker und alter Kirchendiener diese Art von Coadjutoren, mithin bringt es die Natur dieser erlaubten Provision mit sich, daß ein solcher Coadjutor, welcher Substitut, oder Pastor substitutus genennet wird, entweder die Pfarrey, bey welcher er als solcher angestellet ist, oder doch eine andere, nach dem Ableben seines Seniors erhalten muß. — Hierdurch möchte nun wohl unser Satz, welcher den Beyfall der bewährtesten Kirchenrechtslehrer und anderer Rechtsgelehrten hat t), hinlänglich gerechtfertiget und auf

t) Carpzov in iurispr. eccles. lib. 1. tit. 2. def. 16. Finckelthaus de iure patronatus c. 6. n. 127. Schilter in Institut. iur. canon. lib. 1. tit. 14. §. 29. Stryk de expect. c. 2. n. 58. Horn in diss. de expect. eccles. §. 13. 14 et 18. Henr. Andr. Koch de expect. et inuest. euent. c. 2. §. 8. Iust. Henn. Boehmer in iure eccles. lib. 3. tit. 8. §. 8 et 9. Derselbe in Consil. et dec. Vol. 1. p. 1. resp. 65. n. 10. p. 353. Leyser in cit. diss. §. 57 seq. p. 1315. cit. tom. IV med. Justi in der angezeigten Schrift S. 346. Brunquell in diss. de iure patron. honc-

auf die Form, unter welcher ein weltlicher Kirchenpatron ein solches anwartschaftliches Versprechen ertheilet hat, keine Rücksicht zu nehmen, sondern auf die Sache selbst zu sehen seyn.

§. 5.

So gewiß nun in dem, was ich vorgetragen habe, zugleich der Beweis liegt, daß ein solcher Expectant auch nicht ein sogenanntes id quod interest zu verlangen berechtiget sey, so gewiß ist doch auch, daß bey uns Protestanten in verschiedenen Ländern darüber gestritten wird und einige Consistorien eine andere Meinung angenommen haben. Da die Leistung eines Interesses eine Verbindlichkeit und deren Nichterfüllung aus Vorsatz, oder Schuld, oder einen andern besondern, gesetzlich anerkannten Grund voraussetzt, und diese Voraussetzung hier gänzlich wegfällt u), so sollte man nicht glauben, daß dieses seyn könne; dennoch aber ist es so. Wenn, sagt man, gegen das Verbot eines Gesetzes gehandelt wird, so ist nicht immer das ganze unternommene Geschäft nichtig, sondern der Regel nach nur insoweit, als dasselbe nur dem Gesetze zuwider ist, z. B. bey Schenkungen, die über 500 Solidos betragen, bey Zinnßversprechungen über die gesetzliche Bestimmung; eine solche Anwartschaft aber ist nur insofern vernichtet, daß der Expectant nicht soll die versprochene Pfründe verlangen können, weil man glaubt, daß dieses der Kirche Nach-

honorif. prim. §. 51 et 53. p. 723 opuscul. ad hist. et ius pertinentium. G. Ludw. Boehmer in pr. iuris canon. lib. 3. sect. 4. tit. 10. §. 517. Schnaubert in d. a. Schrift §. 330.

u) M. s. die schon angeführten Gesetze nach.

Nachtheil bringen werde. — Freylich ist es wahr, und liegt in der Natur der Sache, daß, wenn ein Gesetz nicht ganz ein Geschäft verbietet, dasselbe nur insoweit unkräftig sey, als es das Gesetz als verboten darstellt. Da nun aus einem solchen Geschäft in Absicht eines Theils desselben eine Verbindlichkeit entstehet, so läßt sich auch eine Nichterfüllung einer Verbindlichkeit, mithin zugleich ein rechtlicher Grund zu dem Verlangen eines Interesses denken. Dieser fällt aber ganz weg, wenn eine vorgenommene Handlung durchaus von den Gesetzen verboten x) und vielleicht zugleich zu allem Ueberflusse vernichtet ist. Dieses ist der Fall bey unsern Anwartschaften, indem sie nicht nur ganz verboten, sondern auch zugleich für ganz unwirksam und nichtig erkläret, mithin keine Geschäfte sind, welche die Gesetze zum Theil anerkennen. Hierauf antwortet man aber, daß, wenn dieses auch seine Richtigkeit habe, doch derjenige, welcher wissentlich etwas, das verboten, oder sonst unmöglich ist, verspricht, auf das Interesse verklagt werden könne y), folglich auch ein solcher Kirchenpatron, von welchem man eine dergleichen Wissenschaft vermuthen müssen, die Leistung desselben auch aus diesem Grunde von sich abzulehnen nicht berechtiget sey. Allein ob wohl erstens bey zweyseitigen Verträgen jene Behauptung in dem Falle statt findet, wenn der andere sich in einer Unwissenheit, die ihm nicht zugerechnet werden kann, befunden hat; so kann doch selbst

x) Chr. Lud. Crell in diss. de vsufructu et effectu negotii inutilis, nullius et imperfecti §. 3. p. 1439 dissert. et programm. Crellianorum.

y) L. 11. §. 15 et 18 D. de act. emt. L. 62. §. 1 D. de contr. Emt. Vend.

selbst und unter dieser Bestimmung in Hinsicht auf solche einseitige Verträge, wobey einer ohnentgeldlich nicht mehr hat versprechen wollen, als er zu versprechen berechtiget war, nur dann id quod interest gefordert werden, wenn ein wirklicher Betrug, welcher aber schlechterdings nicht aus der blosen Wissenschaft gefolgert werden kann, bey dem Versprechen zum Grunde liegt. Ueberdies aber zweytens kommt hier auf eine Wissenschaft, oder Nichtwissenschaft des Verbots gar nichts an; denn beyde befinden sich in solchen Verhältnissen, daß sie es wissen sollen und können. Der Candidat verdient auch in Rücksicht der Unwissenheit nie eine Entschuldigung, weil er schlechterdings mit den erlaubten Wegen bekannt seyn muß, auf welchen man zu einem Kirchenamte gelangen kann; wohl aber dürfte zuweilen ein weltlicher Patron seinem Stande nach verschiedenes zu seiner Entschuldigung aufführen können. Daher glaube ich auch, daß mit aus diesem Grunde ein solcher Candidat mit seinem auf das Beneficium selbst, oder auf Leistung des Interesses gerichteten Suchen, unter Verurtheilung in alle Prozeßkosten, abzuweisen sey, wenn seine Imploration nicht sogleich, wie es nach den Gesetzen geschehen sollte, verworfen worden ist.

§. 6.

Bey einem der Fälle, deren ich im ersten Paragraphen erwähnt habe, hatte sich der Patron so ausgedrückt: — Ich habe mich entschlossen, Endesunterschriebenen, dem Candidaten S., nach frühem oder spätem Ableben des diesmaligen Herrn Pastors M. das Pfarramt L. anzuvertrauen und ihn in den Genuß aller Ein=

Einkünfte und Rechte des rechtmäßigen Pastors, ohne alle Ausnahme und Bedingung, wie sie auch den Namen haben mag, einzusetzen und von einem hochpreißlichen Consistorium autorisiren zu lassen. — Da der Pastor zu L. kränklich wurde und allein seinem Amte nicht mehr vorstehen konnte, so präsentirte der Patron, mit Uebergehung des Candidaten S., welcher unterdessen ein Pfarramt erhalten hatte, einen andern als Substituten. In der That war diese Substitution einträglicher, als das Pfarramt, welches unterdessen S. bekommen hatte; daher widersprach er jener Präsentation und glaubte seine Anwartschaft geltend machen zu können. Die eigene Beschaffenheit dieses Falls gab Anlaß, daß der Kirchenpatron mit dem Einwande wider die Gültigkeit des anwartschaftlichen Versprechens noch andere Einreden verband. Wenn, sagte er, mein Versprechen auch gültig wäre, so würde dennoch dasselbe erstens aus dem Grunde meiner Präsentation nicht entgegen stehen, weil Implorat, ohne mit mir Rücksprache zu halten, ein anderes Pastorat angenommen und dadurch seinem allenfallsigen Rechte stillschweigend um so gewisser entsagt hat, da selbst das kanonische Recht bey erlaubten Expectativen mit dergleichen Handlungen diese Wirkung verbindet z).

Da-

z) C. 4. Clementin. de Rescriptis. Gratiae, heißt es daselbst, vt de dignitate vel beneficio curato tibi prouideatur, renunciare videris, si ante adeptionem eiusdem aliud beneficium pacifice adsequaris, quod simul de iure cum dignitate vel beneficio virtute dictae gratiae tibi debito, retinere non posses, licet illud resignaueris, aut sis resignare paratus. Hiermit ist zu vergleichen c. 30 X. de praebendis et digni-

Dagegen erwiederte nun zwar der Implorant, daß dieses nur päbstliche Rescripte, welche überdies nur päbstliche Anwartschaften zum Gegenstand hätten, verordneten und eine solche Handlung alsdann wenigstens keine Willenserklärung über Entsagung eines solchen Rechts enthalten könne, wenn, wie in dem gegenwärtigen Falle, das anwartschaftlich versprochene Pfarramt mit einer ungleich vortheilhaftern Pfründe verbunden sey; allein allerdings ist bey erlaubten geistlichen Expectativen jener Einwand gegründet [a]), wenn nicht zugleich das erstere Beneficium, der Verfassung nach, beybehalten werden kann, oder der Expectant schon zur Zeit der ertheilten Anwartschaft ein Beneficium gehabt hat. Daß päbstliche Rescripte, welche, weil nur die Päbste sich erlauben zu dürfen glaubten, mandata de prouidendo zu erlassen, auch nur von päbstlichen Versprechen dieser Art reden, jener gesetzlichen Bestimmung ihre Existenz gegeben haben, kann in keinen Betracht kommen. Sie gelten in Teutschland nicht als Rescripte, sondern als Verordnungen, die das recipirte kanonische Recht enthält und entscheiden aus Gründen, die aus der Natur der Sache und nicht aus Eigenschaften der päbstlichen Expectanzen genommen sind. Letztere überhaupt enthalten das Versprechen einer Versorgung durch ein Beneficium, mit-

dignitatibus in 6to, dessen Worte so lauten: si pauper clericus, cui cum beneficium nullum haberet, mandabatur de beneficio (iuxta probitatis suae merita) per episcopum prouideri, aliud, antequam sit prouisum eidem, beneficium fuerit consecutus, prouideri episcopus, cum cesset caussa mandati, de caetero non tenetur.

a) I. Iac. Helfferich casus potiores extinctae expectatiuae §. 14. lib. 1. Koch de expectat. et inuest. euent. c. 1. §. 23. Leyser cit. diss. §. 50, p. 1304.

mithin fällt, wenn der Expectant sich durch ein Beneficium versorgen läßt, ohne daß er mit dem Ertheiler darüber Rücksprache hält und mit demselben eine besondere Vereinigung trifft, die Bedingung weg, welche die Natur des Geschäfts mit sich bringt und die daher Letzterer seinem Versprechen beyzufügen nicht nöthig hatte. Mit Recht sagen die Päbste: cessat tunc caussa mandati de providendo. Hieraus folgt auch, daß der von der bessern Versorgung hergenommene Einwand der Sache um so weniger eine andere Ansicht geben könne, 1) weil die Anwartschaften ihrer Natur nach, wenn diese nicht accidenteller Weise genauer bestimmet worden ist, Hoffnung zu einer Versorgung, nicht aber zu einer bessern Versorgung machen, 2) die Translocationen nur zum Besten der Kirche erlaubt seyn sollen b), und 3) bey den Protestanten, welche sehr oft den Zweck der Versetzungen aus den Augen verlieren, dennoch den Consistorien als eine nothwendige Pflicht, wovon sie sich selbst nicht dispensiren können, obliegt, die Beschwerlichkeiten, welche die Translocationen der Gemeinden verursachen, nicht ohne dringende Umstände zu vermehren. Zweytens glaubte auch der Kirchenpatron, daß noch gar nicht die Zeit vorhanden sey, bey welchem das anwartschaftliche Versprechen seiner Beschaffenheit nach geltend gemacht werden könne. Das bestimmte frühe oder späte Ableben des Pastors M., sagte er, ist zur Zeit noch nicht erfolgt, sondern derselbe existirt noch in dieser Eigenschaft zu L.; die Natur des Versprechens aber

b) C. 34 et 35. C. 7. Q. 1. C. 2 X. de electione. a Riegger cit. lib. p. 1. §. 378. Stryk in diss. de transloc. ministr. eccles. §. 8. Ach. Ludw. Carl Schmidt in Institut. iurisprud. eccles. §. 142.

aber erfordert, daß der Expectant den Todesfall des erwähnten Pastors abwarten muß. Dagegen konnte Letzterer weiter nichts einwenden, als daß er zu diesem Pfarramte auf den Fall der völligen Erledigung nicht würde gelangen können, weil die Substitution mit der Hoffnung der Succession geschehen sey. Diese Replik hat nun auch einigen Schein, welcher aber verschwindet, wenn man erwäget, daß, wenn die Expectativ gültig gewesen wäre und dem Expectanten der Einwand der Entsagung nicht entgegengestanden hätte, es dennoch des Patrons Sorge überlassen werden mußte, auf den eintretenden Fall sein Versprechen zu erfüllen. Konnte er demselben nicht nachkommen, so würde er sodann zu Leistung des Interesses verbunden gewesen seyn c).

No. III.

c) Am Schluße dieser Bemerkung erhalte ich den dritten Theil von Kindii quaestionibus forensibus und ersehe mit Vergnügen aus dessen 36. Kap. S. 237 u. f., daß endlich ein solcher Fall bey dem Appellationsgericht zu Dreßden zur Sprache gekommen und so entschieden worden ist, wie man es von diesem würdigen Gericht erwarten konnte. Der Mag. L. erhob im Jahre 1793 aus einem anwartschaftlichen Versprechen gegen Frau Luise Henriette Gräfin Reuß und Consorten bey dem Consistorio zu Leipzig eine Klage und deferirte über ersteres den Beklagten den Eid. Das Consistorium, welches dergleichen Versprechen, obwohl ohne Grund, für gültig hielt, nahm bey seinem Erkenntniße auf die Eidesdelation Rücksicht; allein nur gedachtes Appellationsgericht, an welches diese Sache auf dem gewöhnlichen Wege devolvirt wurde, reformirte dieses Erkenntniß und wieß den Kläger mit seiner Klage ab.

No. III.

Der Civilprozeß kann nicht ausgesetzt werden, wenn der Beklagte die Einrede vorschützt, daß der Kläger ein den Grund der Klage betreffendes Falsum begangen habe, oder das bey einer Executivklage zum Grunde gelegte Document falsch oder verfälscht sey.

Erster Abschnitt.

Vortrag eines Rechtsfalls.

§. 1.

Der Hoffactor Jacob Elkan, zu Weimar, erhob bey dem gemeinschaftlichen Hofgericht zu Jena wegen einer Forderung von 1000 Reichsthalern wider die nachgelassene Wittwe des verstorbenen Hauptmanns von Geusau, Luise Henriette Johanne, geborne von Zengen, zu Würchhausen, als Erbin ihres nurgedachten Ehegatten, eine Executivklage und legte derselben den über jene Forderung sprechenden Wechsel zum Grunde.

§. 2.

In dem hierauf anberaumten Termine erklärte die Beklagte mit ihrem Curator, daß, da der ihr urschriftlich vorgelegte Wechsel von ihrem verstorbenen Ehegatten weder geschrieben, noch unterschrieben worden, sondern falsch sey, sie sich zur eidlichen Diffession anerbieten wolle. Dieses Anerbieten wiederholte sie auch bey dem Verfahren, wozu die streitenden Theile verwiesen worden waren, und gab die Umstände, aus welchen sich das Falsum zu Tage legen sollte, genauer an. Da besonders auch das Siegel unter dem Wechsel verdächtig schien, so bat sich nach abgesetztem Verfahren das Hofgericht von dem Professor Göttling ein Gutachten darüber aus, welches derselbe auch ertheilte und zwar wie folgt: — „Ich fand 1) bey genauem Vergleich mit einem ähnlichen Siegelabdruck, daß mehrere Theile des Siegels sehr schlecht, und andere wieder gar nicht abgedruckt waren. 2) Befanden sich auf dem Siegel an verschiedenen Stellen kleine weiße Metalltheilchen. Ich nahm mit großer Behutsamkeit vermittelst eines kleinen Hölzchens ein solches Metalltheilchen herunter und rieb es auf ein Stückchen blankes Kupferblech, welches davon sogleich an der Stelle, wo es aufgerieben wurde, einen silberweißen Streif erhielt. Da dieses nun unter diesen Umständen blos durch Quecksilber geschehen kann, so ist es dadurch erwiesen, daß bey diesen Metalltheilchen Quecksilber vorhanden ist. Ob nun gleich hinlänglich bekannt ist, daß durch ein Amalgam aus Zinn und Quecksilber dergleichen Siegel leicht nachgemacht werden können, solche aber nie mit

der

der gehörigen Schärfe abgedruckt sind; so ist es doch auch bey diesem Fall allerdings möglich, daß die Metalltheilchen durch irgend einen Zufall darauf gekommen sind, zumal da sie so locker darauf liegen, und wie schon gesagt, durch ein kleines Instrument herunter genommen werden können." —

§. 3.

Das Hofgericht erkannte hierauf folgendermaßen: „Die Hauptsache anlangend, hat Klägers Suchen noch zur Zeit nicht Statt, sondern es ist zuförderst wegen des bey dem zum Grunde der Klage gelegten und im Original bey den Acten sich befindenden Wechselbriefe sich ergebenden Verdachts eines Falsi die Untersuchung behörigen Orts Amtshalber zu veranlassen, und zu diesem Behuf der besagte Wechselbrief bey den Acten zu behalten. Ergehet dann zu seiner Zeit, auf weiteres Suchen, ferner in der Sache, was Recht ist." Durch dieses Urthel fand sich der Kläger wegen der erkannten Suspension des Civilprozesses beschweret und entband dasselbe, durch eine Appellation an den Durchlauchtigsten Herzog von Gotha und Altenburg von der Rechtskraft. Da auf diesem Wege die Sache an die Landesregierung zu Altenburg a) gelangte, so fand dieselbe

a) Nach der Verfassung des Herzoglich Sächsischen gemeinmeinschaftlichen Hofgerichts zu Jena wird zwar an denjenigen Herzog von Sachsen selbst, an welchen die Hofgerichtsordnung den Appellanten weiset, appelliret und an diesen der hierauf zu erstattende Bericht gerichtet; allein die Acten müssen doch mit diesem Berichte an

die Beschwerde nicht ungegründet und daher die Sache so geeigenschaftet, daß sie in ihrem Berichte auf die Annahme der Appellation zur Justification den Antrag richten zu müssen glaubte. Es kam zwar hierauf auch zu einem Justificationstermin, es trafen aber in demselben die Interessenten eine gewisse Vereinigung, wodurch nicht nur das Verfahren über die Appellation, sondern auch ein Erkenntniß über die Frage: Kann der Executivprozeß ausgesetzt werden, wenn der Beklagte vorgiebt, daß die zum Grunde der Klage gelegte Urkunde falsch sey und zu Begründung dieses Vorgebens verschiedene Umstände anführet? auf welche es hierbey vorzüglich ankam, vermieden wurde. Inzwischen ist diese Frage zu wichtig, als daß sie nicht eine Erörterung verdienen sollte. Bald schliche sich vielleicht, da viele Rechtsgelehrten so sonderbare Begriffe über die Sache haben, und eben so auffallend sonderbar das Verfahren vieler Richter ist, in der Praxis eine Meinung ein, die in der Theorie nicht gegründet und überhaupt wegen ihrer in vieler Rücksicht nachtheiligen Folgen nicht zu billigen ist. Von der Art ist die Meinung, daß man diese Frage bejahen müsse. Da das Hofgericht in dem über die Appellation erstatteten Be-

die Landesregierung des Fürsten eingesendet werden. Findet dieselbe die Appellation so geeigenschaftet, daß sie nicht zur Justification angenommen werden kann; so wird sie sofort mittelst eines im Namen des Fürsten abgefaßten Rescripts verworfen. Dagegen muß eigentlich zuvörderst Bericht an den Fürsten erstattet werden, wenn man dafür hält, daß die Appellation zur Justification anzunehmen und daher ein in solchen Fällen noch gewöhnliches Inhibitorialrescript zu erlassen sey.

Berichte sie mit Gründen zu vertheidigen sucht; so werde ich dieselben genau so, wie darüber der Bericht spricht, anführen, sodann aber sie zu widerlegen suchen.

Zweyter Abschnitt.

Gründe, welche das gemeinschaftliche Hofgericht [b)] zu Jena für die Meinung anführet, daß, wenn bey dem Executivprozesse jene Frage vorkommt, derselbe ausgesetzt werden müsse.

§. 1.

Zuvörderst dürfen wir nicht erst bemerklich machen, sagt das Hofgericht, daß jedem Richter die Pflicht obliege, auf die Bestrafung der ihm bekannt gewordenen Verbrechen von Amtswegen zu sehen, mithin, wenn er selbst mit derjenigen Gattung der Gerichtsbarkeit, wozu die Untersuchung und Bestrafung eines gewissen, ihm angezeigten oder sonst bekannt gewordenen Verbrechens gehöret, versehen ist, so fort und allenfalls, wenn ihm die Civilgerichtsbarkeit anvertraut worden, und in einer Civilsache incideuter die Frage von einem von einer oder der andern Partey verübt seyn sollenden Verbrechen, z. B. von einem Falso vorkommt, welche

b) Einige brauchen den Ausdruck: gemeines Hofgericht. Ich habe nichts dagegen, weil man weiß, was man damit sagen will; richtiger und der Sache angemessener aber ist der Ausdruck: gemeinschaftliches Hofgericht.

welche quaestio praeiudicialis von der streitigen quaestione ciuili ist, vermöge der bekannten Rechtsregel von der ordine cognitionum, mit einstweiliger Aussetzung des Civilpunkts, die Untersuchung über den Criminalpunkt anzustellen, oder aber, wenn der Richter nicht zugleich die Gerichtsbarkeit über das befragte Verbrechen hat, vorerst die Untersuchung bey dem competenten Gerichtsstande über den Criminalpunkt, wovon die Entscheidung des bey ihm anhängig gemachten Civilpunkts abhängt, zu veranlassen, um durch die Erledigung sothanen Criminalpunkts in den Stand gesetzet zu werden, die Civilsache zu entscheiden.

§. 2.

In dem letzten Falle befinden wir uns in gegenwärtiger Sache, worin die Beklagte den Wechselbrief, worauf die Klage gegründet ist, für falsch erkläret und sich zu dessen Diffession erboten hat. Wenn nicht theils der Beklagten Anwald bereits in den Acten erhebliche indicia falsitatis angegeben hätte, und wenn sich überdies nicht noch mehrere und wichtigere bey Einsicht des Documents, nicht weniger aus der Vergleichung der darunter befindlichen Namensunterschrift des verstorbenen Hauptmanns von Geusau, mit andern zuverlässigen Namensunterschriften desselben und insbesondere aus der Ansicht des unter dem Documente befindlichen Siegels von selbst zu Tage gelegt hätten, so würden wir keine Bewegursache gefühlt haben, den Civilprozeß zu suspendiren, und dessen tramitem zu unter-

unterbrechen. So aber haben wir aus folgenden Gründen, wie im Urthel geschehen, erkennen zu müssen, uns für verpflichtet erachtet.

§. 3.

Erstlich scheint die in dem Document selbst gebrauchte Schreibart: reichsthaler, nächstkommende Michaely, ausflüchte, Baar Zahlung, nicht von dem verstorbenen Hauptmann herzurühren, als welcher, wie aus den beyliegenden Acten sich ergiebt, in der Unterschrift sonst sehr orthographisch geschrieben hat. Zweytens ist in der Unterschrift der Vornahme des Hauptmanns von Geusau zuweilen unrichtig Lewin geschrieben, da sich derselbe nie anders, als Levin geschrieben hat, wie aus den beygefügten Nebenacten zu ersehen ist. Es ist nicht ganz ohne Grund, daß, weil der verstorbene Hauptmann von Geusau das e nicht deutlich auszudrucken gewohnt gewesen, das e und v für ein w angesehen worden sey. Vielleicht hat auch die Aussprache des v zu dem w Veranlassung gegeben. Wenigstens kann nicht anders, als verdächtig seyn, daß der verstorbene Hauptmann von Geusau, der überall seinen Vornamen richtig geschrieben hat, denselben gerade hier zweymal unrichtig geschrieben haben solle. Hierzu kommt noch, daß uns in dem Zunamen Geusau bey dem G die Spuren von der Bleyfeder sowohl auf der rechten, als linken Seite des Blatts nicht undeutlich zu seyn geschienen haben. Drittens und hauptsächlich hat das bey der Unterschrift befindliche Siegel

bey

bey uns den größten Verdacht erreget, sowohl wegen der, auch mit unbewaffnetem Auge darauf wahrzunehmenden Kügelchen von Mercurius, als auch weil es sehr groß und gar nicht fein ausgedruckt zu sehen ist, wie doch jedesmal und insbesondere an den oben angeführten Stellen dasselbe sich ausgedrückt befindet. Der hiesige Professor Göttling, von welchem wir ein Gutachten darüber abgefordert haben, bezeuget nicht nur, daß durch ein Amalgam aus Zinn und Quecksilber dergleichen Siegel leicht nachgemacht werden können, sondern es befindet sich auch der Prozeß eines solchen Falsi umständlich in Schriften beschrieben. Es scheint uns wirklich nicht aller Mercurius auf dem Siegel quaest. locker zu liegen, wenigstens nicht das in der linken Ecke des Siegels ersichtliche Theilchen. Zudem, wenn wir gleich die Möglichkeit, daß die Metalltheilchen durch irgend einen Zufall auf das Siegel gekommen seyn können, nicht in Abrede stellen wollen, so haben wir doch die Wahrscheinlichkeit hiervon um so weniger einsehen können, als wir keinen sonst auf der Urkunde, außer dem Siegel angetroffen haben, überdieß auch dergleichen Documente solchergestalt verwahret zu werden pflegen, daß wir keine Art anzugeben wüßten, wie gerade in das Innere eines Documents dergleichen Metalltheilchen hinein und besonders auf das Siegel kommen können. — Allein schwerlich möchte hierdurch rechtlich soviel dargelegt worden seyn, daß nicht auf die Ableistung des Diffessionseides, sondern wie geschehen ist, zu erkennen gewesen sey. Dieses ergiebt sich aus den in dem folgenden Abschnitt angeführten Gründen.

Drit-

Dritter Abschnitt.

Widerlegung jener Gründe.

§. 3.

In keiner Rücksicht läßt sich, wie das Hofgericht annimmt, behaupten, daß, wenn ein Beklagter eine Einrede, welche den Vorwurf eines Verbrechens enthält, der wider ihn erhobenen Klage, um dieselbe auf solche Weise als ungegründet darzustellen, entgegensetzt, die Frage eines von dem Kläger begangenen Verbrechens incidenter bey einer solchen Civilsache vorkomme. Z. B. Cajus wird aus einem Vertrage von Titius verklagt, ersterer aber schützt vor, es sey dieser Vertrag null, weil letzterer dabey als ein Falsarius gehandelt habe; oder Cajus wird aus einem Schulddocument von Titius verklagt, ersterer aber behauptet exceptivisch, daß das Document keine Gültigkeit und Kraft habe, weil er durch eine Concussion zur Ausstellung desselben genöthiget worden sey; oder Cajus erhebt wider Titius eine Depositenklage wegen einer ihm zur Verwahrung gegebenen Uhr, letzterer aber setzt dieser Klage die Einrede, daß ersterer ihm dieselbe gestohlen habe, entgegen. Wer wollte behaupten, daß in rechtlichem Sinne hier ein Verbrechen zur Sprache incidenter gebracht worden sey? Es scheint zwar diese Bemerkung unbedeutend zu seyn, sie ist es aber in der That nicht c).

Setzt

c) M. s. m. Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. 5. S. 240 u. f. S. 260 u. f.

Setzt man die Incidentsachen den Haupthandlungen, welche zu einem Haupttheile des Prozesses gehören, entgegen, und versteht darunter solche, welche außer diesen Handlungen dabey vorkommen können, z. B. die Litisdenunciation, die Litisreassumtion, die Intervention, Ungehorsamsbeschuldigung u. s. f.; so ist bekannt, daß die Rechte eigene Vorschriften enthalten, wie dieselben zu verhandeln sind. Setzt man sie aber jenen nicht entgegen, sondern nimmt sie für andere Rechtssachen, welche zwischen einem Kläger und Beklagten neben der Hauptsache zur richterlichen Entscheidung gebracht werden; so werden sie ihrer Beschaffenheit nach entweder mit der Hautsache verhandelt, oder gehen ihren eigenen Gang. Beyde Arten von Incidentsachen können übrigens zuweilen, wie ich gerne zugebe, so geeigenschaftet seyn, daß nicht eher in der Hauptsache weiter verfahren und erkannt werden kann, als bis sie ihre Erledigung erhalten haben. Ich leugne aber durchaus, daß, wenn bey einer Civilsache auf eine wirklich incidente Art die Frage von einem Verbrechen vorkommt, das der eine, oder andere streitende Theil begangen haben soll und welches auf die Entscheidung Einfluß hat, wenn es gegründet wäre, eine solche Incidentsache allezeit eine solche Wirkung habe.

§. 2.

Der Regel nach hat sie dergleichen nicht, und kann sie auch nicht haben, weil sonst der Chikane ein so großer Spielraum gelassen würde, daß gewiß bey einem großen Theile der Prozesse der Lauf der Justiz durch

durch ein feines Spiel gehemmet werden könnte. Ueberhaupt muß in einem solchen Falle das Statt finden, was ich in Absicht einer Einrede dieser Art behaupten werde, wenn sie sich der Sache nach als eine solche, der Form nach aber als eine Incidentsache darstellt. Solche Einreden, so wie Einreden überhaupt gehören zur Hauptsache und müssen als ein Theil derselben angesehen werden d). Daher gehet das Hofgericht von nicht richtigen Prämissen aus, und dürfte auch die vorgebliche Regel, so wie sie sich dasselbe gedacht hat, hier nicht gegründet seyn; weder der Titel des Justinianeischen Codex de ordine iudiciorum, de ordine cognitionum, quando ciuilis actio praeiudicet criminali, noch der Titel der Decretalen de ordine cognitionum können sie bewähren.

§. 3.

Wenn verschiedene Streitgegenstände eben derselben Interessenten vor Gericht zu erörtern sind, so ist bey diesem Concurs mehrerer Klagsachen eine gewisse Ordnung zu beobachten. Dergleichen Ordnung findet daher auch Statt, wenn auf solche Weise eine Criminal- und Civilsache concurriren, das heißt, wenn zwischen den nemlichen Interessenten über einen Civilanspruch und über eine Strafe wegen eines Verbrechens erkannt werden soll. In Absicht eines solchen Concurses verordnen jene zuweilen einander nicht ganz entsprechende Gesetze der Ordnung der Cognitionen, daß in

d) Herr R. R. Danz in den Grundsätzen des gemeinen, ordentlichen, bürgerlichen Prozesses §. 53. not. a).

in gewissen Fällen die Criminalsachen vor den Civilsachen, in andern diese vor jenen, und in noch andern beyde zugleich erörtert werden sollen [e]), nachdem nemlich die eine oder die andere als präjudiciell anzusehen ist, oder beyde zugleich zur Entscheidung geeigenschaftet sind, oder die Criminalsache, als die vorzüglichere, früher entschieden werden kann, wobey jedoch allezeit eine gewisse Verbindung der Civil- und Criminalsache vorausgesetzt wird. Daher ist auch bekannt, daß und wie bey uns in Teutschland bey dem Accusations- und Inquisitionsprozesse der Beleidigte die Privatsatisfaction zugleich mitsuchen kann. Allein von dem Fall, da ein Beklagter, wider welchen eine Civilklage angestellt ist, dem Kläger, um sein Gesuch als unabsichtlich darzustellen, eine Einrede, welche den Vorwurf eines Verbrechens enthält, entgegenstellt, reden jene Gesetze nicht. Denn hier ist kein Concurs einer Civil- und Criminalsache, mithin auch kein Concurs einer präjudiciellen und nicht präjudiciellen Klagsache vorhanden, sondern nur von einer Civilsache, wozu die Einrede mit gehöret, die Rede, folglich keine solche Regel de ordine cognitionum zur Anwendung zu bringen. Der Richter erwäget blos die Einreden zum Behuf des Erkenntnisses über des Klägers Suchen und laßt sie übrigens in anderer Rücksicht bey diesem Prozesse auf sich beruhen [f]). Dieses ist

e) L. vn. Cod. quando actio ciu. praeiud. criminali. L. 23. §. 9 D. ad Leg. Aquil. L. 4 D. de pub. iudic. L. 3. Cod. de ordin. iudic. Chr. Er. G. Meister in diss. de ordine cognitionum in caussarum ciuil. et criminalium concursu §. 10. 20. 25 et 27 in syllog. alt. select. opusc. p. 223 seq.

f) Meine Erklärungen im angef. Th. S. 247.

ist selbst dem römischen Rechte g), der Natur der Sache und der Ordnung unsers Civilprozesses gemäß; auch ist bey Einreden, die den Vorwurf eines Verbrechens enthalten, selbst alsdann kein Grund zu einer Ausnahme vorhanden, wenn der Kläger auf den Fall der Wahrheit des Vorwurfs mit seiner Klage, es mag das derselben untergelegte Factum gegründet seyn oder nicht h), abgewiesen werden muß. Daher ist sogar erlaubt, über solche Einreden den Eid zu deferiren, welches doch nicht statt finden könnte, wenn die Strafe des Verbrechens zugleich mit zum Zwecke der prozessualischen Erörterung gemacht würde, oder der Civilprozeß auszusetzen wäre. Ob dem Richter die peinliche Gerichtsbarkeit zustehe, oder nicht, kann hierbey nicht in Betracht kommen.

§. 4.

Unmöglich aber, sagt man, kann der Richter dabey gleichgültig seyn, wenn ein solches Verbrechen auf diese Art zu seiner Notiz gebracht wird. Dieses verlangt niemand, sondern nur soviel, daß er nicht voreilig wegen

g) L. 3. Cod. de iudic. et L. 1. Cod. de ordine iudic.

h) Cap. 1. de Ord. Cognitionum, wo es heißt: Intelleximus, quod cum quaedam mulier peteret quendam in virum, testes ad suae intentionis assertionem induxit; per quos pars viri futurum sibi praeiudicium metuens, exceptionem consanguinitatis objecit. Inquisitioni tuae aliter duximus respondendum, quod, quum exceptione probata quaestio principalis perimatur, ante est cognoscendum de ipsa, quam ad definitionis articulum procedatur: quo facto, virum ab impetitione mulieris, prout exposcit ratio iuris, absolvas.

wegen einer solchen Einrede den Civilprozeß aussetzen soll. Nehmen wir an, daß derselbe mit derjenigen Gattung der Gerichtsbarkeit, wozu die Untersuchung und Bestrafung des auf gedachte Weise zur Sprache gebrachten Verbrechens gehöret, versehen sey und denken wir uns den Fall, daß der Kläger dasselbe einräumet, oder der Beklagte die Einrede sofort so liquid macht, daß nach Beschaffenheit des Civilprozesses keine weitere Erörterung erforderlich ist; so muß er demselben durch ein Decret seine Endschaft geben, und sodann sogleich als Criminalrichter auftreten und das Nöthige verfügen. Dagegen aber läßt sich nicht einmal bey einem von dem Kläger der Einrede entgegengesetzten Widerspruche vor einer, dem angestellten Civilprozesse angemessenen, Erörterung derselben ein solcher Verdacht annehmen, weshalb wider den Kläger oder eine andere Person mit der Untersuchung verfahren werden könnte, und fehlet es überhaupt an Datis, woraus der Richter die Nothwendigkeit erkennt, eine Untersuchung anzufangen. Denn nach dem Geiste der Gesetze des Civilprozesses muß jedes Urtheil über die Gerechtigkeit der Sache des Klägers, oder des Beklagten solange für voreilig und ungründlich gehalten werden, als die streitenden Theile nicht ordnungsmäßig gegeneinander gehört worden sind, und würde daher ein Widerspruch entstehen, welche durch die Consideration, daß der Richter in Ansehung der ihm zustehenden verschiedenen Gattungen der Gerichtsbarkeit eine doppelte Person vorstellet, nicht gehoben werden könnte, wenn er den von dem Beklagten exceptivisch gemachten Vorwurf eines Verbrechens und das-

dasjenige, was darüber in dem Civilprozesse vorkommt, früher als ein Fundament zu einer Untersuchung ansehen wollte. Es setzt also erst der Ausgang des Civilprozesses den Rechten nach den Richter in den Stand, darüber gründlich zu urtheilen, ob Data vorhanden seyn, welche eine Untersuchung und besonders wider eine gewisse Person zur Nothwendigkeit machen. Findet er sodann dergleichen, so stehet ihm nichts im Wege, eben so, wie ich vorher gedacht habe, als Criminalrichter zu handeln. Wohl aber kann er, wenn er aus besonders angebrachten Datis die Nothwendigkeit erkennt, eine Untersuchung wegen eines solchen Verbrechens wider den Kläger anzustellen, als solcher früher auftreten und auf den Fall, daß die Bewährung desselben bey der Untersuchung die Präjudicialität als unzweifelhaft darstellen würde, auf Ansuchen des Beklagten den Civilprozeß aussetzen i). Denn hier ist ein solcher Concurs einer Civil- und Criminalsache vorhanden. So gewiß es unter dieser Voraussetzung ist, daß, weil der Grund hiervon

i) Keineswegs aber ex officio, weil man, wenn der Beklagte keine Instanz thut, annehmen muß, daß er auf dem bereits betretenen Civilwege seine Sache ausmachen wolle, und hierzu derselbe berechtiget ist; jedoch leidet dieses alsdenn eine Ausnahme, wenn der Kläger etwas zu erlangen sucht, was der Beklagte, wenn das vorgeschützte Verbrechen gegründet ist, nach den Gesetzen nicht einmal realisiren kann. Uebrigens kann eine blose Denunciation des Beklagten wider den Kläger, wodurch er ihn eines solchen Verbrechens beschuldiget, den Fortgang des Civilprozesses nicht hindern. Unbefriedigend ist das, was in Kleins merkwürdigen Rechtsprüchen B. 3. S. 115 über die Gesetze der Cognitionsordnung gesagt wird.

hiervon in der Präjudicialität liegt, welche die nothwendige Untersuchung enthält, es an sich gleichviel seyn kann, ob von dem Kläger oder einem Dritten das Verbrechen begangen worden seyn soll; so zweifelhaft ist doch oft diese Präjudicialität, wenn auch das Verbrechen in einer genauen Verbindung mit der Klagsache stehet, mithin kann aus dieser allein kein richtiger Schluß auf jene gemacht werden. Hieraus folgt nun auch, daß, wenn der Richter jene angenommene Satzung der Gerichtsbarkeit nicht hat, derselbe nicht eher einen rechtlichen Beruf fühlen kann, dem in Absicht des Verbrechens competenten Richter eine Notiz zu ertheilen, als bis er, wenn er competent gewesen wäre, als solcher hätte auftreten können k); an eine Aussetzung des Civilprozesses läßt sich nur dann denken, wenn er von jenem Richter, bey welchem das Verbrechen als solches zur Sprache gebracht worden ist, unter Beystimmung des Beklagten darum ersucht wird, und nicht nur die Präjudicialität aus dem, was ihm hierüber mitgetheilt wird, auf eine nicht zu bezweifelnde Art sich ergiebt, sondern auch die ihm über das Verbrechen mitgetheilten Nachrichten von der Beschaffenheit sind, daß er dadurch, wenn er zuständiger Richter wäre, zu einer Untersuchung würde aufgefordert worden seyn. Auch hier tritt ein solcher Concurs einer Civil- und Criminalklage ein. Mehrere Fälle sind mir bekannt, wo man

k) Ist das Verbrechen ein solches, worüber nach der Verfassung ein anderer iudex ciuilis cognosciren kann, so gilt auch von diesem das, was ich von dem Criminalrichter gesagt habe.

man sich einer Voreiligkeit hierin schuldig machte, und wo noch überdies entweder gar kein Fundament zur Untersuchung vorhanden war, oder doch das Resultat derselben, es möchte ausfallen, wie es wollte, den Fortgang des Civilprozesses nicht hindern konnte. Hier stand der Richter beschämt da, und der Kläger beklagte sich überall über schlechte Justiz.

§. 5.

Da das Hofgericht sich so ausdrückt: Wenn in einer Civilsache incidenter die Frage von einem von einer oder der andern Partey verübt seyn sollenden Verbrechen, welche quaestio praeiudicialis von der streitigen quaestione ciuili ist, vorkommt, — so muß es sogar auch den Fall unter jene Regel haben ziehen wollen, da der Kläger der Einrede des Beklagten eine Replik wegen eines von dem Beklagten oder einem Dritten begangenen Verbrechens entgegensetzt, welche, wenn sie gegründet ist, die Verurtheilung des Beklagten zur Folge hat, weil es von einem Verbrechen redet, das einer der streitenden Theile verübt haben soll, und eine Frage der Art, welche eine Einrede veranlaßt, als eine Incidentfrage betrachtet. Z. B. Fritsch verklagt Kröbern wegen eines Anlehns, letzterer excipiret, daß ersterer dieser Forderung entsaget habe, und bringt eine Entsagungsurkunde bey, welche aber derselbe für ungültig erkläret, weil er durch eine Concussion zu Ausstellung derselben gebracht worden sey. Eine solche Meinung läßt sich nun folgends in keiner Rücksicht rechtfertigen, und ich kann mich auch nicht erinnern,

daß bey den verschiedenen Fällen dieser Art, welche mir vorgekommen sind, ein Richter den Gedanken gehabt hätte, zwischen die Parteyen zu treten und ihnen die Niederlegung ihrer Waffen bis nach erfolgter Erörterung des vorgeblichen Verbrechens, dessen bey der Replik erwähnt worden war, anzubefehlen. Es dürfte sich auch wohl ein jeder Kläger, dessen Obliegenheit es ist, seine Replik, wenn sie relevant ist, zu beweisen, für eine solche Gefälligkeit des Richters, welche ihn von seinem Ziele entfernt, statt ihn demselben näher zu bringen, bedanken und sie verbitten. Eben so würde in dem Falle, da in dem Beweistheile des ordentlichen Civilprozesses eine Urkunde für falsch erkläret wird, von welcher die Entscheidung der Sache vorzüglich abhängt, der Regel des Hofgerichts nach, die sehr viele andere Rechtsgelehrte eben so aufstellen, weil sie sich die Anwendung derselben in ihrem ganzen Umfange nicht denken, ein solcher Prozeß ausgesetzt werden müssen; wer sollte aber wohl so etwas behaupten?

§. 6.

Namentlich hat nun auch K. Constantin den Fall, wo eine Urkunde, auf welche sich ein Theil gründet, von dem andern für falsch erkläret wird, nach alter Sitte auf eine solche Art entschieden, wie es unserer Meinung entspricht l): Cum in praeterito is mos in iudiciis seruaretur, vt prolatis instrumentis si ea quis falsa

l) Lib. IX. tit. 19. L. 2. Cod. Theodosiani. Vid. Iac. Gothofredus ad h. l.

falsa diceret, a sententia iudex ciuilis controuersiae terminaret, eoque contingeret, vt imminens accusatio, nullis clausa temporibus, petitorem possessoremue deluderet, commodum duximus, vt, etsi alteruter litigantium falsi strepitum intulisset, petitori tamen possessoriue momentum prolatorum instrumentorum conferret auctoritas, vt tunc ciuili iurgio terminato, secunda falsi actio subderetur. Volumus itaque, vt primum cesset inscriptio, sed vbi falsi examen inciderit, tunc ad morem pristinum quaestione ciuili per iudicem terminata, acerrima fiat indago argumentis, testibus, scripturarum collatione, aliisque vestigiis veritatis et cet. Zwar hat Justinian verstümmelt dieses Gesetz in seinen Codex aufgenommen und es so modificirt, daß es scheint, als ob eine vorgegebene Verfälschung vor der Civilsache erörtert werden solle m); allein eines Theils kann man besonders auch aus dem Grunde, weil er gerade die Art und Weise, wie die Verfälschung zur Sprache kommt, übergeht und nur eine Vorschrift giebt, wie, wenn die Untersuchung der Verfälschung eintritt, dabey verfahren werden soll, gar nicht annehmen n), daß er einen solchen Fall vor Au-

 gen

m) L. 22. Cod. ad Leg. Corn. de falsis. Hier fängt Justinian mit den Worten: Vbi falsi examen inciderit, das Gesetz an und fährt dann fort: tunc acerrima fiat indago argumentis, testibus, scripturarum collatione aliisque vestigiis veritatis: nec accusatori tantum quaestio incumbat, nec probationis ei tota necessitas indicatur, sed inter vtramque personam sit iudex intermedius et cet.

n) Aus den Anfangsworten des Gesetzes: Vbi falsi examen inciderit, wenn die Untersuchung eines Falsi eintritt,

gen gehabt habe, und andern Theils würde auch diese verstümmelte Constitution, wenn man ihr einen solchen Sinn unterlegen könnte, mit unsern Prozeßrechten, nach welchen die Kläger wider die Einreden, die Beklagten wider die Replik, ohne zu unterscheiden, ob erstere, oder letztere von einem Verbrechen hergenommen sind, oder nicht, sich ordnungsmäßig vertheidigen sollen, in Dissonanz stehen, gleichwohl aber können solche den Prozeß betreffende Stellen des Römischen Rechts, von welchen überhaupt nur mit großer Behutsamkeit Gebrauch zu machen ist, keine Anwendung bey uns finden. Wozu wären die Mittel, wodurch den Rechten nach, wenn man einige Prozeßarten ausnimmt, eine eidliche Diffession abzuwenden versucht werden kann, nöthig? Ob nun wohl in dem Executivprozesse die nur gedachten Mittel, den Fall ausgenommen, wo aus höchst wahrscheinlichen Gründen ein Meineid zu befürchten ist, oder eine bereits geschehene gerichtliche Recognition nachgewiesen werden kann, nicht statt finden, so behauptet sich dennoch auch unsere Meinung in Absicht dieser Prozeßart um so mehr und gewisser, da mit den ihr unterliegenden übrigen Gründen sich auch solche vereinigen, welche auf der Natur derselben, die alle, Verzögerung einer Streitsache nothwendig machenden, Erörterungen verwirft, beruhen.

§. 7.

tritt, kann das Gegentheil nicht geschlossen werden; sie sagen hier weiter nichts als: wenn der Fall der Untersuchung eines Falsi vorkommt.

§. 7.

Bey der Einrede der Verfälschung, die in dem Executivprozesse vorkommt, lassen sich verschiedene Fälle unterscheiden. So kann erstens der Beklagte behaupten, daß die dem Klaggrunde untergelegte Urkunde nicht von ihm oder dem vorgeblichen Aussteller unterschrieben und daher falsch sey. Ist diese Behauptung nicht sogleich liquid, welches, wenn der Kläger dieselbe nicht einräumet, fast allezeit der Fall seyn wird; so muß der Richter auf Ableistung des Diffessionseides oder darauf, daß die Urkunde für anerkannt zu achten sey, und daher zugleich auf die Verurtheilung des Beklagten unter Nachlassung des Diffessionseides das Erkenntniß richten. Sollte aber zweytens von dem Beklagten vorgegeben werden, daß ein Blanket ohne seines oder des sonstigen Ausstellers Willen als eine Urkunde ausgefüllt worden sey; so muß der Richter, wenn dieses Vorgeben sogleich völlig liquid gemacht worden ist, welcher Fall aber selten eintreten dürfte, auf Nichtverbindlichkeit zur Anerkennung der Urkunde und auf Unstatthaftigkeit des Klaggesuchs, und wenn dieses Vorgeben sogleich nur zur Hälfte erwiesen worden ist, auf eidliche Diffession des Inhalts der Urkunden erkennen, kann aber auf diese Einrede, wenn weder das eine noch das andere dargethan ist, bey dem Executivprozesse keine Rücksicht nehmen. Da dem Staat an der Zuverläßigkeit der Wechsel soviel gelegen ist; so ist es nicht zu hart, wenn nach einigen Wechselordnungen keine solche eidliche Diffession im Wechselprozesse zugelassen wird. Anders verhält sich drittens

die

die Sache, wenn die Urkunde nicht sowohl für falsch, als vielmehr für verfälscht erkläret wird. Stellt sich solchen Falls dieselbe, der vorgegebenen Verfälschung ungeachtet, als recognoscibel dar o), oder hat der Beklagte die irrecognoscible Urkunde in Absicht des Punkts, bey dem die Verfälschung vorkommt, auf eine bestimmte Art anerkannt, z. B. wenn in Rücksicht der Summe oder der Münzsorten oder der Zahlungszeit eine Verfälschung vorgegangen ist und der Beklagte die Summe oder die Münzsorte oder die Zahlungszeit anders angiebt; so kann bey dem letztern Falle so wenig, als bey dem ersten der Fortgang des Executivprozesses gehemmt werden, nur hat der Richter bey jenem auf die bestimmte Recognition Rücksicht zu nehmen, wenn nicht aus der Urkunde selbst ein anders auf eine unzweifelhafte Art zu entnehmen ist. Z. B. Knoll klagt executive wider Prellern aus einer von dessen verstorbenem Vater vor mehreren Jahren seinem Vater ausgestellten Handschrift. Die Handschrift selbst spricht über eine Summe von Einhundert Thalern; allein das Wort, Einhundert, ist durchstrichen und dafür auf dem Rande eine Summe von Zweyhundert Thalern angegeben. Preller behauptet, daß sein Vater weder Zweyhundert, noch Einhundert, sondern nur Funfzig Thaler erhalten habe, und er daher auch nur auf diese Summe die Handschrift seines Vaters anerkennen könne, weil

o) Denn nicht jede Abänderung einer Urkunde, die ohne Wissen und Willen des Ausstellers gemacht worden ist, macht ein eigentliches Falsum aus und wirkt eine Irrecognoscibilität derselben.

weil der Beysatz auf dem Rande nicht seines Vaters Hand sey und gleichwohl dieser selbst die Handschrift geschrieben habe. Knoll kann gegen dieses letztere Anführen nichts einwenden, will aber die Handschrift mit dem Beysatze auf dem Rande unter seines Vaters nachgelassenen Schriften gefunden haben. Mit Grund wurde hier die Handschrift, weil Preller dieselbe nicht anders recognosciret hatte, auf die Summe von Einhundert Thalern, worüber sie, abgesehen von dem Durchstriche, deutlich sprach, für anerkannt geachtet und Preller in die Bezahlung derselben verurtheilet. Ist dagegen die Verfälschung von der Beschaffenheit, daß dadurch die Urkunde irrecognoscibel worden ist, und der Beklagte erkennt sie auch nicht einmal auf die gedachte Art an; so muß letzterer mit der Recognition verschont und auf Unstatthaftigkeit der erhobenen Klage erkannt werden. Jedoch kann auch in dem Falle, wenn eine Urkunde blos verfälscht ist, nach Beschaffenheit der Umstände die Klage angebrachtermaßen verworfen werden. Dieses nun ist den auf die Natur des Executivprozesses sich gründenden Regeln desselben gemäß, und diese, nicht aber jene vorgebliche Regel de ordine cognitionum muß sich der Richter zur Entscheidungsquelle dienen lassen, wenn nicht ein besonderes Gesetz ihn zur Anwendung der letztern berechtiget und verpflichtet p). Ueberdieß läßt sich ausserdem, daß jene Ent-

p) Die Gesetzgeber handeln bey den Verordnungen über den Executivprozeß nicht allezeit consequent. Einer solchen Inconsequenz machen sie sich unter andern durch ein Gesetz dieser Art schuldig. Sie wollen auf einer Seite

Entscheidungsquellen ein Erkenntniß, wodurch bey solchen Fällen zuvörderst eine vorgebliche Verfälschung untersucht und bis zu deren Vollführung die weitere Erörterung der Civilsache ausgesetzt wird, nicht zulassen, auch sonst kein anderer hinlänglicher Rechtfertigungsgrund denken q). Denn die Gesetze haben schon für den

Seite demjenigen, welcher ein instrumentum guarantigiatum in Händen hat, schleunig geholfen wissen, und bedenken nicht, daß durch ein solches Gesetz Mittel angezeigt werden, die ihre Absicht sehr oft vereiteln.

q) Noch vielmehr muß dieses auch bey dem Wechselprozesse statt finden. Ludovici Einleitung zum Wechselprozesse K. 9. §. 6. S. 152 der Ausg. v. J. 1724. Franck in instit. iur. camb. lib. 11. sect. VII. tit. XI. §. 14. p. 289. von Selchow in den Grundsätzen des Wechselrechts §. 110. Musäus in den Anfangsgründen des Handlungs- und Wechselrechts §. 272 S. 185 der Ausg. von J. 1799. Herr Hofrath Ph. Carl Scherer im Handbuche des Wechselrechts Th. 1. S. 653 und 654 behauptet zwar auch, daß die Einrede der Verfälschung vorerst untersucht und abgethan werden müsse, ehe in der Haupt- oder Civilsache weiter gehandelt und gesprochen werden könne, drückt sich aber doch gleich darauf so aus: „Da die Einrede der Verfälschung einen strengen und vollständigen Beweis erfordert, weil Verbrechen nicht vermuthet werden, und die Haupt- oder Civilsache während der Untersuchung verschoben wird; so kann dieselbe im Executiv- und Wechselprozesse nicht leicht statt finden.“ Allein hierdurch möchte die Sache ihr volles Recht nicht erhalten haben. So irrt auch Püttmann in den Grundsätzen des Wechselrechts §. 182. S. 172 und mit ihm Mößler im Handbuche des Chursächsischen Wechselrechts K. 25. §. 18. S. 220, wenn sie behaupten, daß auf den Fall, da der Beklagte dem Kläger die Ausflucht einer Verfälschung entgegen stellt und hinlängliche Anzeigen vorhanden sind, der Wechselsache so lange Anstand gegeben werden müsse, bis

den Beklagten auf eine andere Art hinlänglich gesorgt, indem er, wenn ich bey dem Falle, wo von einer Diffession der Urkunde die Rede ist, stehen bleibe, dieselbe als irrecognoscibel darstellen, oder sich zum Diffessionseide erbieten, oder allenfalls die Reconvention an-

bis die Frage der Verfälschung untersucht worden sey. Das Anstandgeben ist bey dem Wechselprozesse noch mehr als bey dem Executivprozesse der Natur der Sache zuwider. Einen richtigern Gesichtspunkt hat G. H. von Sieveking in den Materialien zu einem vollständigen und systematischen Wechselrecht (mit einer Vorrede und Anmerkungen von Eggers Kopenhagen 1802) S. 106 und 107 ins Auge gefaßt. Dieser sagt so: „Falsche Wechsel sind solche, worauf die Unterschrift desjenigen, von dem man aus dem Wechsel Bezahlung fordert, falsch ist, und eidlich diffidiret wird. Verfälschte Wechsel sind solche, worin die Summe, oder die Verfallzeit, oder die Indossamente verfälscht worden, und wofür der Wechselschuldner zwar etwas, aber nicht alles, oder nicht dem, der die Zahlung fordert, zu zahlen verbunden ist. Ist die Verfälschung durch augenscheinliche Verstümmelung, Veränderungen oder Rasuren, bey gewöhnlicher Aufmerksamkeit ersichtlich, so darf der Acceptant nicht bezahlen. Ist die Summe eines Wechsels erweislich verfälscht, so ist der Acceptant nicht verbunden, mehr zu zahlen, als was er, seinen Büchern und dem Advisbriefe zu Folge, wirklich acceptiret hat. Dieses darf er auch nur dann zahlen, wenn der Inhaber durch ein richtiges Indossament in dem Besitze des Wechsels ist und wenn er gegen diese Zahlung die Acceptation tilgen lassen will. Ist die Verfallzeit erweislich verfälscht, so ist der Acceptant nur verbunden, zur richtigen Verfallzeit zu bezahlen. Ist ein Indossament erweislich falsch oder verfälscht, oder fehlt ein Indossament, oder ist in einem Indossament eine solche Unrichtigkeit, daß nicht daraus erhellet, daß der Indossant der Indossat des vorhergehenden Indossaments ist, so kann die Zahlung von dem Acceptanten nicht gefordert werden."

anstellen, oder bey dem Criminalrichter das vorgebliche Falsum zur Anzeige bringen und damit zugleich ein Entschädigungsgesuch verbinden, oder auch eine Accusationsklage erheben kann. Auch würden hieraus die nachtheiligsten Folgen für das Justizwesen und zugleich für einen unschuldigen Kläger entstehen. Ein Schuldner, welchen keine edeln Gesinnungen beleben, würde es um so mehr in seinen Händen haben, sich bey Ausstellung eines Schulddocuments so zu benehmen, daß bey dem Gebrauche desselben Anzeigen einer Verfälschung angegeben werden könnten, weil der Gläubiger, zur Zeit der Ausstellung der Urkunde, gegen den Schuldner, welcher sich gewöhnlich als den rechtschaffensten Mann zu stellen pflegt, kein Mißtrauen haben kann und daher die Feinheiten, welche in der Folge den Verdacht einer Verfälschung erregen, nicht bemerket. Aus dieser Consideration, welche mir durch die Erfahrung bewährt worden ist, folgt auch, daß es dem Raffinement eines Schuldners überlassen seyn würde, den Zweck des Executivprozesses gänzlich zu vereiteln und die Kraft der Ordnung desselben unwirksam zu machen. Gewöhnlich bestrebet sich ein Beklagter, die Beendigung des wider ihn erhobenen Prozesses zu verzögern, dieses Bestreben aber würde durch dergleichen Erkenntnisse auf Aussetzung des Civilprozesses genährt und unterstützt werden. Als ein Mittel aber, das zu einem andern besondern Zwecke führet, dürfte sich nicht einmal eine solche Prozeßsuspension betrachten lassen. Sind die Anzeigen einer Verfälschung so beschaffen, daß die Urkunde für irrecognoscibel zu achten ist, so ist kein Grund vorhanden, warum

der

der Richter das Erkenntniß über die Irrecognoscibilität und über die Unstatthaftigkeit der erhobenen Klage aussetzen könnte. Denn so wie hier für den Beklagten gesorgt wird, so ist es auf der andern Seite des Richters Schuld, wenn nicht sodann durch Anstellung einer Untersuchung über die Verfälschung oder durch Veranlassung derselben durch die nöthige Notizertheilung diese Sorgfalt mit auf das Publikum erstreckt wird. Ist aber der Verdacht von einer solchen Beschaffenheit nicht, so wird auch nicht oft eine größere Wahrscheinlichkeit einer Verfälschung bey einer Untersuchung zu erlangen, mithin solchen Falls nach deren Beendigung in der Civilsache immer noch auf eine eidliche Diffession zu erkennen seyn. Letztere würde nun zwar vermieden werden, wenn bey der Untersuchung soviel herauskäme, daß die Urkunde für irrecognoscibel geachtet werden könnte; allein dadurch würde doch weiter nichts gewonnen, als daß es der Ableistung eines Eides, die mit gutem Gewissen erfolgen kann, nicht bedarf. Sollte dieses auch als eine gewisse Inconvenienz anzusehen seyn, so möchte sie doch wohl schwerlich durch die weiseste Gesetzgebung, welche nicht einmal unwahre Eide, die doch so großes Uebel stiften, zu verhüten im Stande ist, von dem Justizwesen zu entfernen und hier besonders die auf jene Art versuchte Vermeidung derselben mit Herbeyführung anderer und mit indirecter Zerstörung der Natur des Executivprozesses unzertrennlich verbunden seyn. Erwäget man nun auch, daß eines Theiles ein Dritter, welcher ganz unschuldig ist, auf eine rechtmäßige Art eine solche Urkunde mit dem Rechte, das sie geben soll, erlanget

haben

haben kann, und andern Theils dergleichen Erkenntnisse einen leichtsinnigen Beklagten, auch in dem Falle, wenn bey der Untersuchung sein Vorgeben nicht bewahrheitet wird, gar wohl Anlaß zu einer Ueberzeugung von einer vorgeblichen, aber nicht gegründeten Verfälschung und zu Ableistung eines Diffessionseides geben würden; so möchte aus allen diesen Betrachtungen sich soviel ergeben, daß selbst ein Gesetz, welches die Aussetzung des Executivprozesses in dergleichen Falle verordnet, einem gerechten Tadel unterworfen sey. Denn es hätte keine Realität zum Zwecke, oder bezweckte dergleichen, wo sie doch gar nicht oder gewiß nur äußerst selten bezweckt werden kann, vereitelte die Absicht, welche man bey andern Gesetzen vor Augen gehabt hat, verleitete viele Beklagten zu schlechten Handlungen und führte oft Unschuldige von ihrem gerechten Ziel zu ihrem großen Nachtheil weit ab. Da mir einige Fälle solcher Aussetzungen bekannt worden sind, so unterlasse ich nicht, deren Erfolg anzugeben. Bey einem derselben wurde nach geendigter zweyjährigen Untersuchung, wobey sich die Sache nicht aufgeklärt hatte, in dem Executivprozesse auf die eidliche Diffession erkannt, dieser Eid aber von dem Beklagten in dem Schwörungstermin nicht geleistet. Bey einem andern starb nach fruchtlos erfolgter Untersuchung der Beklagte und von sechs Erben desselben schwuren drey den Diffessionseid, drey aber legten denselben nicht ab. Bey einem dritten Falle fiel nach auf gleiche Weise geendigter Untersuchung der Beklagte in einen Concurs, und weigerte sich nunmehr den Diffessionseid zu schwören, der Gütercurator aber trug ebenfalls Bedenken, dieses

zu

zu thun. Bey einem vierten Falle hatte sich bey einer langwierigen Untersuchung die Sache so aufgekläret, daß der Beklagte in der Executivsache zum Diffessionseide nicht gelassen werden konnte; allein dem Kläger brachte dieses so wenig Vortheil, daß er vielmehr, weil unterdessen ein Concurs über des Beklagten Vermögen entstanden war, bey welchem sämmtliche chirographarische Gläubiger gar nichts erhalten konnten, um seine ganze rechtmäßige Forderung kam.

§. 8.

Nach diesen Voraussetzungen also mußte das Hofgericht in jenem Falle das der Klage untergelegte Document, weil es nicht recognosciret worden war, für anerkannt achten, jedoch den Diffessionseid nachlassen, oder dasselbe wegen der vorgeblichen Anzeigen einer Verfälschung für irrecognoscibel erklären. Letzteres fand das Hofgericht selbst bedenklich, und in der That sind auch jene Anzeigen von der Beschaffenheit nicht, daß ein Richter die Nothwendigkeit einer Untersuchung daraus erkannt. So verdient

a) die in dem Documente selbst vorkommende unrichtige Schreibart um deswillen gar keinen rechtlichen Betracht, weil dergleichen Urkunden der Gläubiger selbst, oder auch ein Dritter aufsetzen und von dem Gläubiger unterschreiben lassen kann. Daher behauptete auch der Kläger nicht, daß von dem Schuldner selbst das Schulddocument aufgesetzt worden sey. Zwar würde

b)

b) das Siegel einigen Verdacht haben erregen können, wenn von einer Urkunde, die eine Besiegelung erfordert hätte, die Rede gewesen wäre, obwohl der Professor Göttling in dem von ihm ausgestellten Gutachten bemerket: — Es wäre bey diesem Falle allerdings möglich, daß die wahrgenommenen Metalltheilchen, weil sie so locker darauf lägen, durch einen Zufall darauf gekommen seyn könnten, — dieser Bemerkung auch durch das, was das Hofgericht sagt, um so weniger begegnet wird, da sich außerdem, daß Geflissenheit eines Schuldners ihnen ihr Daseyn geben kann, viele solche Zufälle denken lassen. Allein hier war noch überdieß von einer Urkunde die Rede, die keiner Besieglung bedurfte, mithin konnte die Beschaffenheit derselben keine solche rechtliche Aufmerksamkeit machen. Mehrmals ist mir der Fall vorgekommen, wo der Gläubiger der Bemerkung seines Schuldners, daß er, ob er wohl die Richtigkeit des vorgelegten Schuldscheins und die Schuld selbst nicht bezweifeln könne, dennoch denselben nicht besiegelt habe, gar nicht widersprach, und dabey in aller Einfalt anführte, daß zu mehrerer Sicherheit die Besiegelung von ihm selbst bewirkt worden sey. Natürlicher Weise mußte in solchen Fällen der Schuldner verurtheilt werden, denn wenn auch, wie ich zugebe, der Staat mit Recht verlangen kann, daß so etwas nicht geschehe, so wird doch dadurch der Natur des Geschäfts keine abändernde Bestimmnng gegeben, weil kein Gesetz vorhanden ist, welches eine widrige Behauptung begründen könnte. Daher

c)

c) bleibt nur noch als ein Gegenstand einer Erwähnung übrig, daß in den mit lateinischeu Buchstaben geschriebenen Unterschriften der Vorname des Hauptmanns von Geusau zweymal Lewin geschrieben ist, da sich doch sonst derselbe Levin geschrieben haben soll, und daß sich in dem Zunamen Geusau bey dem G Spuren von einer Bleyfeder sowohl auf der rechten, als linken Seite des Wechsels dem Anscheine nach finden sollen. Betrachte ich diese Ansicht der Sache genauer, so stellt sie sich mir ebenfalls ganz anders dar. Erstens lassen sich keine gegründeten Spuren von einer Bleyfeder finden, sondern man bemerkt nur hie und da ein Durchschimmern einzelner Striche, welches Schärfe des Zugs und der Dinte veranlaßt zu haben scheinen. Zweytens kommen sonst die Schriftzüge bey beyden Namensunterschriften mit andern von dem von Geusau ohne allen Zweifel gefertigten Namensunterschriften, dergleichen in den beygelegten Hofgerichtsacten, wie auch in vielen vor der Altenburgischen Landesregierung verhandelten Acten vorkommen, vollkommen überein. Drittens ergiebt sich auch aus einem von dem Kläger mit der Introductionsschrift übergebenen Briefe des Hauptmanns von Geusau, welcher schlechterdings nicht abzuleugnen seyn dürfte, daß letzterer mit ersterem in Schuldverhältnissen gestanden hat, und gleichwohl hat die Beklagte weder angeführet, noch dargethan, daß ihr Ehegatte eine geringere Post, als die worüber der Wechsel spricht, schuldig gewesen sey. Endlich viertens können eines Theils gar wohl Lagen und Launen, worin sich oft ein Schuldner befindet,

welcher Wechsel ausstellen soll, zu der Verwechslung des v und w Veranlassung geben, wenn ich auch bey gegenwärtigem Fall keine dießfallsige Geflissenheit, deren sich vielleicht mancher Schuldner schuldig machen könnte, annehmen, und andern Theils kann hier ein kleines Versehen bey dem Endstriche des L und der Verbindung desselben mit dem Buchstaben e die irrige Annahme eines e und w veranlassen, wo doch nur ein e und v ist.

No. IV.

No. IV.

Ein Richter kann nicht nach Wechselrecht verfahren, wenn der Aussteller eines Wechsels zwar nach den Gesetzen des Orts der Ausstellung, nicht aber nach den Gesetzen des Orts, wo geklagt wird, wechselfähig ist. In Chursachsen ist ein Doctor, welcher noch unter der väterlichen Gewalt stehet, nur dann dem Wechselverfahren unterworfen, wenn er eigenes Vermögen besitzt, worüber er frey disponiren kann.

Erster Abschnitt.

Vortrag einiger Rechtsfälle dieser Art.

Vor einigen Jahren suchte der Doctor Joh. B. Rstk. von Leipzig bey der Altenburgischen Landesregierung um ein sicheres Geleit wider seine ihn verfolgenden Wechselgläubiger nach. Zur Unterstützung seines Gesuches führte er, dem Resultat nach, an, daß erstens verschiedene derselben des schrecklichsten Wuchers wider ihn

sich schuldig gemacht und dennoch das Anerbieten, ihnen das, was er wirklich erhalten, mit reichlichen Zinsen zurückzuzahlen, nicht angenommen, zweytens die Universität und das Oberhofgericht zu Leipzig die wider ihn gesuchten Capturbefehle aus dem, auch in der Altenburgischen Wechselordnung anerkannten, Grunde, weil er zur Zeit der ausgestellten Wechsel noch unter väterlicher Gewalt gestanden, unter welcher er sich noch anjetzt befände, abgeschlagen hätten, er aber dennoch drittens, weil die Juristenfacultät daselbst dieser Meinung nicht beypflichte, in die Nothwendigkeit versetzt worden sey, Leipzig zu verlassen und sich wider seine Wucherer der Denunciation zu bedienen. Er erhielt aber folgende Resolution: daß seinem Gesuche zwar nicht in der angebrachten Maße gefügt werden könne, ihm aber unbenommen bleibe, sich um Erlangung des Beweises, daß er noch unter väterlicher Gewalt stehe, zu bemühen, um auf den Fall, wenn wider ihn in hiesigen Landen nach Wechselrecht geklagt werden sollte, jene Einrede sofort darthun zu können. In der Folge brachte er auch ein glaubwürdiges Attestat bey, aus welchem sich ergab, daß gedachte Academie auf die wider ihn gesuchten Wechselexecutionen, von ihm aber dagegen gethane Vorstellung, mit dergleichen Executionen Anstand zu nehmen resolviret und auf die bey einer angestellten Untersuchung von dem Vater des Wechselschuldners gegebene Versicherung der richtig befundenen Umstände, daß und warum sein Sohn sich allerdings noch unter seiner väterlichen Gewalt befände, nicht nur den Wechselgläubiger mit seinem Wechselrechtsgesuch

gesuch abgewiesen, sondern auch den Wechselschuldner die angegebene wucherliche Behandlung bestimmter anzuzeigen bedeutet hatte. In Rücksicht der bescheinigten Verhältnisse mit seinem Vater wurde ihm mittelst Resolution bekannt gemacht, daß bey vorliegenden Umständen in hiesigen Landen nach Wechselrecht nicht verfahren werden könne. Bald hierauf suchte nunmehr ein Leipziger Bürger und Schneider F. W. Wsp. um einen Capturbefehl wegen solcher Wechsel, die nur gedachter Doctor ausgestellt hatte, wider ihn bey der Landesregierung nach; allein, weil nach dem gemeinen Rechte die Doctorwürde so wenig, als andere Aemter und Würden an und für sich von der väterlichen Gewalt befreyen, sondern nur eine Veranlassung zu einer teutschen Absonderung von der väterlichen Gewalt geben [a]) und die Altenburgische Wechselordnung hiermit übereinstimmet [b]), dabey auch das nur erwähnte Attestat völli-

a) Kaestner progr. an dignitas doctoralis liberet a patria potestate? von Selchow in iure Germanico §. 500. not. 3. Höpfner in dem Commentar über die Institutionen §. 163. Madihn in princ. iur. roman. p. 5. §. 20. Glück im Commentar über die Pandecten Th. 2. S. 341. und Runde in den Grundsätzen des gemeinen teutschen Privatrechts §. 620. Danz in dem Handbuche des teutschen Privatrechts Th. 7. S. 108 und Meine Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. 3. S. 387 u. f.

b) S. 19 derselben heißt es: Studenten und Schüler und überhaupt alle diejenigen, so unter väterlicher Gewalt stehen, wes Standes und Conditionen diese sind, wenn sie gleich in wirklichen Hof- und andern Chargen, auch Kriegsdiensten wären, desgleichen alle, die das 25ste Jahr noch nicht erfüllet, sollen weder Wechsel auszu-

gen Glauben verdiente, so wurde derselbe mit seinem Gesuch um Capturbefehl abgewiesen. Dieses bewog ihn, sich an den Landesherrn selbst mit einer Supplik zu wenden. Auf erstatteten Bericht von der Landesregierung wurde letzterer anbefohlen, ihn nochmals in die ihm ertheilte Resolution zu verweisen, jedoch ihm in Gemäsheit des Antrags der Regierung die Anstellung einer förmlichen Imploration und das rechtliche Gehör zu gestatten. Zwar hatte derselbe in seiner Vorstellung sich unter andern auch auf ein, von der Juristenfacultät zu Leipzig in einer andern Wechselsache wider diesen Doctor abgefaßtes Erkenntniß des Innhalts: Weil nach Maßgabe des Mandats d. d. Dreßden den 29. December 1718 sub No. 25 zum Anhange der erläuterten Prozeßordnung das Wechselrecht wider maiorennes oder solche Personen, welche das 25ste Jahr ihres Alters überschritten haben, daferne sie Doctoren sind und Praxin exerciren, wenn sie sich schon noch unter väterlicher Gewalt befinden, statt findet, anneben was maßen Beklagter auf hiesiger Universität die Würde eines

stellen, noch sich nach Wechselrecht zu verschreiben, Macht haben, oder wenn es gleich geschiehet, sind die vorher oder während vorbesagter Umstände ausgestellten Wechselbriefe, oder Wechselverschreibungen schlechterdings ungültig, dergestalt, daß sie auch durch keine zu vermeintlicher Bekräftigung angehangene, oder auch körperlich geleistete Eide, noch auch, wenn gleich nach geendigten Schul- oder academischen Jahren und nach erfolgter Emancipation, oder erlangter Majorennität dergleichen Personen dasjenige, wozu sie sich verschreiben, nochmals wiederholten und agnoscirten, einige Verbindlichkeit erlangen können.

eines Doctoris beyder Rechte erlanget, auch vor dem hiesigen Rathe einige Praxin getrieben habe, in notorietate beruhet; so ist Beklagter Inhalts des Wechsels u. s. f. zu bezahlen verbunden, und ist bey unterbleibender Zahlung mit Vollstreckung des Wechselrechts gebührend zu verfahren, es könnte und wollte denn derselbe solche mittelst Eides diffitiren u. s. f. — sich bezogen. — Allein aus denjenigen Gründen, worüber der dritte Abschnitt spricht, konnte hierauf gar keine rechtliche Rücksicht genommen werden. Nunmehr schlug er den ihm nachgelassenen Weg ein und stellte eine förmliche Imploration an. Nach abgesetztem Verfahren wurden die Acten an die Juristenfacultät nach Göttingen verschickt, und von derselben folgendergestalt erkannt: — Dieweil Beklagter durch die bey den Acten befindliche Urkunde in Verbindung mit der präsumtiven Dauer der väterlichen Gewalt, zur Genüge bescheiniget hat, daß er zur Zeit der ausgestellten Wechsel noch wirklich unter der väterlichen Gewalt gestanden, somit demselben die Einrede des Macedonischen Rathschlusses zu Statten kommt; so hat Klägers Suchen, immaßen es angebracht, nicht statt, und ist derselbe die durch diesen Prozeß verursachten Kosten nach vorgängiger deren Ansetzung und erfolgter Ermäßigung dem Beklagten zu erstatten schuldig. — Dieses Urthel erlangte auch die Rechtskraft, dessen ungeachtet aber gieng ein anderer Leipziger Wechselgläubiger den nemlichen Weg. Mit dem zum Grunde der Klage gelegten Wechsel hatte es eben die

Be-

schaffenheit, wie mit vorhergedachten, er war so, wie jene, zu Leipzig ausgestellt, auch setzte der Beklagte die bey jener Wechselsache gebrauchten Einreden dieser Klage entgegen; allein das von einer andern Juristenfacultät eingeholte Urthel fiel anders und dahin aus:— Daß gegen den Beklagten, der vorgebrachten Einreden ungeachtet, nach Wechselrecht zu verfahren, derselbe daher in einem neuen anzusetzenden kurzen Termin zur Recognition des im Original zu producirenden Wechsels sub poena recogniti vorzuladen und darauf alsdann das weitere, was der Wechselprozeß mit sich bringt, zu verfügen. — Da die Interessenten sich vor Einlangung dieses Erkenntnisses mit einander verglichen hatten, so kam zwar dasselbe in soferne in keinen weitern Betracht; inzwischen ist die Sache in Rücksicht der Fragen, worauf es dabey ankam: Konnten hier die Chursächsischen Rechte zur Richtschnur genommen werden, und begründeten dieselben ein solches Erkenntniß? in vieler Hinsicht zu wichtig, als daß sie nicht eine Erörterung verdienen sollte. Ich werde daher in dem zweyten Abschnitte die demselben untergelegten Gründe selbst den Worten und Form nach anführen, in dem dritten aber in einigen Bemerkungen dazu zeigen, daß wohl anders, als geschehen ist, hätte erkannt werden sollen. Die Gründe des nurgedachten Urthels sind zwar schön vorgetragen, eine Ueberzeugung aber davon, daß das Urthel den Rechten angemessen sey, können sie unmöglich bewirken.

Zweyter Abschnitt.

Gründe des im ersten Abschnitte angeführten letzten Erkenntnisses.

Der Beklagte hat die Recognition des producirten Wechsels verweigert und der Wechselklage als exceptiones litis ingressum impedientes entgegengesetzt:

1) Daß die Herzoglich Sächsische Wechselordnung c. 1. §. 1 zur Gültigkeit eines eigenen Wechsels, welches der vorliegende Fall sey, ausdrücklich erfordere: daß darin angegeben worden, von wem der Aussteller Valutam erhalten habe;

2) daß nach eben dieser Wechselordnung c. 4. §. 1 nur diejenigen wechselfähig, welche nicht mehr unter der väterlichen Gewalt stünden;

3) dieselbe auch c. 5. §. 9 die Verfügung enthalte, daß, wenn binnen drey Jahren von der Verfallzeit des Wechsels angerechnet, nicht geklaget worden, das Verfahren nach Wechselrecht nicht weiter statt finden soll.

Der Beklagte hat die zweyte Einrede insbesondere durch ein Attestat der Leipziger Academie, worin bezeuget wird, daß er noch unter der väterlichen Gewalt stehe und durch eine Resolution der Landesregierung unterstützt. Dawider hat nun der Kläger angeführet,

1) daß es in Betracht des Wechsels quaest. nicht nach der Herzoglich Sächsischen Wechselordnung, als dem Gesetze des Ortes, wo geklagt worden, sondern viel-

vielmehr nach den Gesetzen des Orts, wo der Wechsel ausgestellet worden, gehen müsse;

2) daß das Chursächsische Mandat d. d. Dreßden den 29. December 1718 die Doctoren, wenn sie nur practicirten, für wechselfähig erkläre, ob sie schon auch unter väterlicher Gewalt ständen, und die Leipziger Wechselordnung von dem bestimmten Bekenntnisse der Valuta nichts enthalte;

3) daß nach Leipziger Wechselrecht der Wechsel eines Theils noch nicht als verjähret anzusehen sey und andern Theils der Wechselverjährung selbst in dem Wechsel entsagt sey.

Der Beklagte hat hingegen dem Satze inhäriret, daß nach den Gesetzen des Orts, wo geklagt worden, und nicht nach den Gesetzen desjenigen Orts, wo der Wechsel ausgestellet worden, die Wechselverbindlichkeit zu bestimmen sey, auch insbesondere gegen das angezogene Mandat angeführet, daß solches durch die neue Wechselordnung wieder aufgehoben worden. Der Kläger hat die Richtigkeit der drey ihm entgegengesetzten Einreden zugestanden, insofern man die Wechselverbindlichkeit nach den Gesetzen des Orts, wo geklagt wird, folglich hier nach Altenburgischen Rechten bestimmen wolle, aber er hat geleugnet, daß dieses geschehen dürfe und hierin hat er auch vollkommen Recht. Denn es ist nicht nur ein von allen gründlichen Rechtslehrern angenommener, sondern auch schon in der gesunden Vernunft gegründeter Satz: daß, wenn von der Gültigkeit, oder Ungültigkeit einer rechtlichen Handlung die Rede ist, die Gesetze des Orts, wo solche unter-

unternommen und vollzogen worden, zur Anwendung kommen, keineswegs aber diejenigen, wo geklagt wird c).

Weber systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit u. s. f. 2te Ausgabe S. 219.

Glück Erläuterung der Pandecten Theil 1. S. 496 u. f. d).

Und es läßt sich nicht absehen, warum in Ansehung des Wechselgeschäfts eine Ausnahme von der Regel statt finden sollte e), daher denn auch in

Kleins Sammlung der Rechtssprüche der Hallischen Juristenfacultät B. 2. N. 13 f).

ganz

c) Dieser Gegenstand ist durch das, was bisher die Rechtsgelehrten darüber gesagt haben, nach meiner Ueberzeugung noch nicht auf's Reine gebracht. Eben so gewiß ist es auch, daß die gesunde Vernunft diesen Satz in einer solchen Allgemeinheit nicht anerkennt. Nur dann, wenn man sich denselben nach seiner ganzen Comprehension und Extension denkt und die dabey eintretenden Rechtsgrundsätze vor Augen hat, kann man ein richtiges Gefühl hierüber haben; ausserdem ist es unrichtig und die Demonstration über die Richtigkeit unbefriedigend. Wenn blos von der äußern Form einer solchen Handlung die Rede ist, so weist die Vernunft uns, jedoch unter gewisser Ausnahme, an die Gesetze des Orts, wo dieselbe vollzogen wird.

d) Daß die beyden Herren Professoren Weber und Glück nicht des Herrn Urthelsverfassers Meinung sind, würde derselbe gefunden haben, wenn er gelesen hätte, was ersterer S. 74 und 75, letzterer aber S. 387 der angeführten Schriften sagen.

e) In dem Wechselgeschäfte selbst liegt kein Grund einer Ausnahme, aber andere rechtliche Verhältnisse stellen diese Sache anders dar.

f) Gegen diese Meinung des Herrn Geh. Tribunalraths Klein läßt sich manches erinnern.

ganz richtig behauptet wird, daß die rechtlichen Folgen des Wechselvertrags selbst an solchen Orten in Teutschland eintreten müssen, wo sonst die Wechselstrenge nicht statt findet. Es versteht sich freylich von selbst, daß der so eben behauptete Satz in Ansehung des Wechselgeschäfts eine Ausnahme leiden muß, wenn der Landesherr, wozu er allerdings befugt ist, ausdrücklich verordnet hat, daß in seinem Lande die Wechselstrenge durchaus nicht statt finden soll, sondern wenn aus einem Wechsel geklagt wird, die Sache, wie eine bloße Schuld- oder Executivklage verhandelt werden solle, wovon es in Teutschland nicht an Beyspielen fehlt. Allein im Altenburgischen ist der Fall nicht nur gar nicht vorhanden, sondern auch die bekannten Gesetze dieses Landes ergeben es und der Beklagte selbst hat es auch einräumen müssen, daß hier allerdings die Wechselstrenge statt finde. Es versteht sich ferner von selbst, daß auch jener Satz an seiner Allgemeinheit verlieren muß, wenn der Landesherr, welche Befugniß man ihm ebenfalls nicht streitig machen kann, verordnet hat, daß nur solche Wechsel in seinem Lande gelten sollen, bey welchen die in den Landesgesetzen vorgeschriebenen Formalitäten beobachtet worden g). Allein die Herzoglich Sächsische Wechselordnung c. 1. §. 1, worauf sich der Beklagte zu diesem Ende beziehet, kann nicht für ein solches Gesetz gehalten werden, indem dieselbe bey einer richtigen Erklärung blos von den im Lande aus-

g) Jener Satz verliert auch seine Allgemeinheit und Wahrheit in andern Fällen, wo dergleichen ausdrückliches Verbot nicht verhanden ist.

ausgestellten Wechseln redet, und daher nicht auf solche Wechsel ausgedehnt werden darf, die auswärts ausgestellt worden sind [h]. So ist auch keinem Zweifel unterworfen, daß in Absicht der Form des Wechselprozesses selbst, und der dabey vorkommenden gerichtlichen Handlungen, nicht die Gesetze des Orts, wo der Wechsel ausgestellt worden, sondern die Gesetze des Orts, wo geklagt wird, folglich hier nicht die Leipziger Wechselgesetze, sondern die Altenburgischen zum Grunde gelegt werden müssen. Allein davon ist hier die Rede nicht, sondern blos davon, ob der Beklagte überall nach Wechselrecht belangt werden kann, und ob er in dieser Hinsicht den producirten Wechsel entweder zu recognosciren, oder eidlich zu diffitiren schuldig ist [i]. Der Beklagte muß daher in Absicht seiner ersten und zweyten obenbemerkten Einrede, insofern nemlich von seiner Fähigkeit überall einen Wechsel auszustellen, ingleichen davon die Rede ist: ob bey der Ausstellung des Wechsels die gehörigen Formalitäten beobachtet worden sind, nicht nach der Herzoglich Sächsischen Wechselordnung, sondern nach den in Leipzig geltenden Wechselgesetzen beurtheilt werden [k], weil er hier den Wechsel ausgestellet hat. In Absicht der dritten Einrede der Wechselverjährung scheinet zwar die Sache beym ersten Anblick einigen Zweifel unterworfen zu seyn, indem die Dauer der

h) Daß eine solche Erklärung richtig sey, ist durchaus nicht zu behaupten.

i) Davon, ob der Beklagte überall nach Wechselrecht habe belangt werden können, war gar nicht die Rede und konnte schlechterdings nicht die Rede seyn.

k) Wird aus unrichtigen Prämissen gefolgert.

der Wechselverbindlichkeit mehr zum Wechselprozesse, als zur Materie des Wechsels zu gehören scheinet, und überall, wenn von Seiten des Staats der Verfolgung eines Rechts eine gewisse Dauer vorgeschrieben worden, nicht darauf Rücksicht genommen werden kann: ob dieses Recht aus einem im Lande, oder ausser demselben geschlossenen Vertrage entspringt. Allein dieser Zweifel verschwindet, wenn man erwäget, daß, indem die Parteyen an einem Orte ein rechtliches Geschäft abschließen, ohne dabey etwas besonderes festzusetzen, sie durchgehends die Gesetze des Orts nicht nur in Absicht der aus dem Geschäft entspringenden Verbindlichkeiten, sondern auch der Dauer derselben zum Grunde legen, hinfolglich auch die Verjährungsgesetze eines fremden Orts dabey ganz ausschließen [l]. Daß sie solches können, ist darum keinem Zweifel unterworfen, weil man ihnen erlaubt, die Gesetze des Orts, wo geklagt wird, in Absicht der zu einem Geschäft erforderlichen Förmlichkeiten, auszuschließen [m], und die in loco contractus aus dem Geschäfte entspringende Strenge auch an solchen Orten zu brauchen, wo sie eigentlich nicht anerkannt ist [n]. Dazu kommt noch, daß in dem Wechsel quaest. auf die Wechselverjährung Verzicht geleistet worden [o] und die Frage: ob solche Verzicht-lei-

l) Ist noch vielweniger wahr.

m) Hieraus folgt das Vorhergehende nicht.

n) Ist ganz falsch. Ist diese Strenge nicht ausdrücklich, oder stillschweigend von dem Landesherrn anerkannt, so handelt der Richter als ein Schurke, wenn er sie anwendet.

o) Dieses war etwas, was in Betrachtung gezogen werden mußte, wenn es darauf ankam.

leistung erlaubt sey, nach Leipziger Wechselgesetzen beurtheilt werden muß p). Es kommt hiernach in der vorliegenden Rechtssache allein darauf an: ob die von Beklagtem vorgeschützten Einreden mit Hinsicht auf die Leipziger Wechselgesetze gegründet sind? Was die erste Einrede betrifft; daß nemlich nicht in dem Wechsel angegeben worden, an wen die Entrichtung der Valuta geschehen, so fällt solche, nach dem Leipziger Wechselrechte beurtheilt, sogleich dahin, weil, nach diesem das Bekenntniß in dem Wechsel: an wen Valuta bezahlet worden, zur Gültigkeit desselben nicht nöthig ist.

Leipziger Wechselordnung §. 3.

Anhang der erläuterten Prozeßordnung §. 5.

Püttmann in den Grundsätzen des Wechselrechts §. 13.

Wichtiger hingegen scheint die zweyte Einrede: daß nemlich er, der Beklagte, da er noch unter väterlicher Gewalt stehe, unfähig sey, sich nach Wechselrecht zu verbinden, zu seyn, wenn man solche auch ganz allein nach dem Leipziger Wechselrecht und den Chursächsischen Landesgesetzen beurtheilen will. Es sagt zwar das

Mandat d. d. Dresden den 29. December 1718

mit ausdrücklichen Worten: daß maiorennes, welche ein eigenes absonderliches Vermögen, oder peculium haben, oder doctores iuris sind und praxin exerciren, oder selbst andere Collegia halten, wenn sie auch gleich noch unter väterlicher Gewalt stehen, dennoch dem Wechselrecht unterworfen bleiben sollen. Allein der Beklagte hat behauptet, daß dieses Mandat durch spätere Wech-

p) Ist nicht erwiesen und kann auch nicht erwiesen werden

selgesetze aufgehoben worden q), und auch schon darum auf ihn nicht anwendbar sey, weil er die Praxis nicht exerciret, noch sonst die Bedingungen erfüllet, die das Gesetz als zuverläßig voraussetze und er hat wirklich dies letztere Vorbringen durch Attestate aus Leipzig sehr scheinbar unterstützt r). Die spätern Gesetze, worauf sich der Beklagte beziehet, sind

Anhang zur erläut. Prozeßordn. N. 11 und
die Mandate in den Beyl. N. 12. 25. 26 und 27.
das Mandat vom 18. März 1727.
die Ordnung vom Jahr 1732

worin die Verfügungen enthalten, daß außer Kaufleuten, solche, die das 25ste Jahr ihres Alters noch nicht zurückgeleget haben, ingleichen auch Söhne, so noch unter der väterlichen Gewalt stehen, daferne sie nicht ein peculium castrense, quasi castrense, oder aduentitium irregulare besitzen, nicht Wechsel auszustellen fähig seyn sollen. Aus diesen Gesetzen, wenn man von dem Mandat vom 29sten Dec. 1718 absieht, oder solches gar dadurch als aufgehoben betrachtet, würde freylich folgen, daß gegen den Beklagten wegen des Wechsels quaest. das Wechselrecht nicht Statt finden könnte.

Denn

q) Es ist durch die neuern Gesetze nicht aufgehoben, sondern nur so erläutert worden, wie es der Geist derselben, die Natur der Sache und andere in Chursachsen bestehende Rechte, mit welchen es den Buchstaben nach in einem Widerspruche zu stehen schien, erforderten.

r) Aus den beygebrachten Attestaten ergab sich, daß er bey dem Leipziger Consistorio sich zur Praxis nicht legitimiret, und bey dem Amte daselbst gar nicht practiciret hatte.

Denn wenn er auch selbst geständlich zur Zeit der Ausstellung des Wechsels majorenn gewesen ist, so stand er damals doch unstreitig noch unter väterlicher Gewalt [s]. Denn a) mußte ihn sein Vater noch unterhalten und muß es, wie die Acten ergeben, noch jetzt. Und die väterliche Gewalt dauert bekanntlich fort, wenn auch jemand separatam oeconomiam angelegt hat, wenn er von dem Vater demungeachtet entweder ganz, oder größtentheils erhalten werden muß.

Chr. Vlr. Grupen in disceptat. forens. c. 2. n. 2.

Sam. Fr. Willenberg in disceptat. iur. n. 9.

Auch

b) hebt die Doctorwürde an und für sich die väterliche Gewalt nach neuern Rechtsgrundsätzen nicht auf, weil sie mit keiner von den römischen Würden in Vergleichung gesetzet werden kann, die nach Justinians Vorschrift der väterlichen Gewalt ein Ende machen,

Sterzi de iustis patr. potest. limit. §. 10.

Huber praelect. iuris ciuil. 1. 12. 4. p. 39

was auch andere Rechtsgelehrte dagegen einwenden mögen.

Allein so stehet der Behauptung des Beklagten

a) die allgemein bekannte Rechtsregel: lex loqui praesumitur, entgegen, welche hier um so mehr statt findet, als das Mandat vom 29sten Dec. 1718 weder ausdrücklich, noch stillschweigend durch spätere Gesetze aufgehoben worden, indem es sich mit den letztern sehr wohl

s) Dieses nehme ich auch in der Folge für eine Wahrheit an.

wohl vereinbaren läßt t), da es nähere Bestimmungen, als jene enthält u). Ferner

b) daß dieses Mandat ein für die Academie besonders gegebenes Gesetz ist x), die neuen Gesetze aber als allgemeine Gesetze betrachtet werden müssen, und bekanntlich ein besonderes Gesetz überall einem allgemeinen, wenn es auch überall das Gegentheil verfüget, nicht anders derogiren kann, als wenn solches der Gesetzgeber ausdrücklich erkläret hat y). Nimmt man dabey noch vollends auf die Absicht des Gesetzgebers, die keine andere, als die ist, daß zwar die Studirenden beym Schuldenmachen den Wucherern nicht in die Hände fallen, aber solche auch, die bereits die academischen Jahre zurückgelegt und sich einer bestimmten Wissenschaft gewidmet, auch solche auszuüben angefangen haben, nicht unter dem Vorwandte, als gehörten sie noch zu den Studirenden, Gelegenheit bekommen sollen, hinter-

t) Allerdings läßt es sich mit den letztern Gesetzen vereinbaren, aber doch nicht anders als daß man auf die Erläuterungen, die diese erhalten, Rücksicht nimmt.

u) Wenn man dieses behaupten will, so muß man eigene Begriffe von nähern Bestimmungen haben; jedoch kommt nicht einmal etwas hierauf an.

x) Dieses kann schlechterdings nicht behauptet werden.

y) Diese Regel läßt sich schon deswegen hier nicht anwenden, weil jene Gesetze ganz offenbar von einerley Art sind. Auch ist bekannt, daß sogar ein Gesetz, welches von einem besondern Falle spricht, nicht gleich geradezu für ein besonderes Gesetz (lex specialis) ausgegeben werden kann. Ueberhaupt möchte ich wissen, was der Herr Urthelsverfasser hier unter allgemeinen und besondern Gesetzen verstanden hätte. Mehr hiervon in dem 3ten Abschnitte.

ihre Gläubiger durch Ausstellung der Wechselbriefe zu hintergehen z), Rücksicht, so leidet es gar keinen Zweifel, daß das gedachte Mandat vom 29sten December 1718 noch in seiner vollen Kraft und Wirkung sey a). Wenn es daher hiernächst keinem Zweifel unterworfen ist, daß der Beklagte sich allerdings nach Wechselrecht verbindlich machen können b), und die väterliche Gewalt, worunter er der Zeit, wie er den Wechsel ausstellte, stand und noch steht, ihm daran nicht hinderlich seyn konnte; so kommt es nun noch darauf an: ob er wirklich praxin exerciret, oder sonst eine von den Eigenschaften habe, die das Gesetz erfordert, wenn die väterliche Gewalt der Wechselverbindlichkeit nicht im Wege stehen soll. Er, der Beklagte, ist Oberhofgerichts-Advocat und als solcher unter die practicirenden Juristen zu rechnen c). Denn die Absicht des Gesetzgebers geht nicht sowohl dahin, daß ein unter der väterlichen Gewalt stehender majorenner Doctor wirklich practicire, sondern daß er nur zur practicirenden Classe gerech-

z) Dieses war der Zweck des Mandats nicht und konnte es nicht seyn.

a) Es ist noch in so fern in seiner Kraft, als es durch die neuern Gesetze nicht erläutert worden ist.

b) Das Gegentheil dürfte keinem gegründeten Zweifel unterworfen seyn.

c) Weil der Beklagte Oberhofgerichtsadvocat war, so gehörte er zu denjenigen, welche practiciren konnten, aber noch nicht zu denjenigen, welche dabey wirklich practicirten; a posse ad esse non valet consequentia.

gerechnet werden könne d). Aber der Kläger hat auch überdem durch beygebrachte Attestate bescheiniget, daß der Doctor Rstk. wirklich in Leipzig practiciret hat e). Auf das mehr oder weniger f) kommt hierbey nichts an, (und daher kann auch hier nicht in Betrachtung kommen, daß derselbe von mehrern Gerichten Zeugnisse beygebracht hat, daß er dorten nicht practiciret habe) und eben so wenig darauf, ob er von seinem Practiciren seinen Lebensunterhalt erwerben können, oder nicht g).

Die

d) Ich möchte doch wissen, wo der Gesetzgeber eine solche Absicht zu erkennen gegeben hätte. Wenn derselbe sagt: oder Doctoren sind und Praxin exerciren, so kann er doch wahrlich nicht solche Doctoren gemeinet haben, die practiciren können, aber doch wirklich nicht practiciren.

e) Das von dem Kläger beygebrachte Attest der Leipziger Stadtgerichte besagte, daß der Beklagte nicht nur die im Jahre 1788 die in Untersuchung befangen gewesene Marie Elisabetha Beradtin defendiret habe, sondern er auch am 19ten März 1789 in Joh. Gottl. Patschens und Joh. Ros. Patschin Nachlaßsache zum Verlassenschafts-verwalter an und in Pflicht genommen worden sey.

f) Ein Doctor, welcher noch die väterliche Gewalt anerkennt, kein eignes Vermögen besitzt und mit der Praxis nur soviel verdienet hat, daß er allenfalls das nöthige Papier davon sich anzuschaffen im Stande gewesen, kann doch unmöglich wegen einer solchen Praxis dem Wechselrechte unterworfen werden. Wenn auch unsere teutschen Gesetzgeber nicht selten eine Schwäche zeigen, und gleich durch den ersten Fall, auf welchen das Gesetz angewendet werden soll, zur Erläuterung desselben veranlaßt wurden; so kann man ihnen doch eine solche Schwäche nicht zutrauen.

g) Nach dem Geiste des Mandats und dessen Erläuterungen muß er nicht blos das, was er zu seinem Lebensunterhalt bedarf, sondern soviel erwerben, daß ein obiectum

Die zu Unterstützung seiner zweyten Einrede, über welche bisher gesprochen worden ist, von dem Beklagten beygebrachten Inducte sub A. B. und C. geben demselben die Unterstützung nicht, die er sich davon versprochen hat. Denn wenn man als ausgemacht, wie dies nicht anders geschehen kann, annimmt, daß er wegen des Wechsels quaest. wirklich dem Wechselrecht unterworfen sey; so ist

1) ganz unbedeutend, daß laut des Inducts sub A die Leipziger Academie wegen des von ihm gebrauchten Vorwands, daß er unter våterlicher Gewalt stehe, mit den Wechselexpeditionen gegen ihn Anstand genommen hat [h]. Denn wenn man auch annehmen wollte, daß die Academie von den Chursåchsischen Wechselgesetzen eine bessere Kenntniß, als auswårtige haben müsse, so zeigt doch die vorstehende rechtliche Ausführung eines Theiles, daß solches in der Angelegenheit des Beklagten der Fall nicht gewesen [i], andern Theils konnten vielleicht Umstånde, die sich aus den Acten nicht ergeben, die Leipziger Universitåt zu dem von ihr beobachteten Verfahren bestimmen [k], zumal wenn man erwåget, daß der Beklagte den Glåubigern, die damals gegen ihn um das Wechselrecht nachsuchten, offenbare Be-

iectum executionis vorhanden ist, wenn er nicht schon ausserdem Vermögen besitzt, welches ein solches abgeben kann.

h) Um deswillen nicht unbedeutend, weil die Academie von einem richtigen Rechtsgrundsatz dabey ausgegangen ist.

i) Dieses zeigt die rechtliche Ausführung nicht.

k) Die Leipziger Universitåt hat ja den Grund von ihrem beobachteten Verfahren angegeben.

trügereyen vorwarf l). Ueberdem hat ja der Beklagte selbst einräumen müssen, daß die Leipziger Juristenfacultät gegen ihn auf die Wechselexecution erkannt habe m). Es ist ferner

2) unerheblich n), daß nach dem Induct sub B. die Landesregierung ihm im Jahre 1795 auf das nachgesuchte sichere Geleit, mit Abschlagung dieses Gesuchs o), zur Resolution ertheilet hat, daß bewandten Umständen nach gegen ihn in den Altenburgischen Landen nach Wechselrecht nicht verfahren werden solle. Denn

a) beziehet sich diese Resolution auf die damalige Lage der Sache und auf die Vorstellung des Beklagten, die durch das Induct sub A unterstützt worden p) und daher leicht die Regierung zu einer solchen Entschließung bestimmen konnte.

b) Enthält sie keine absolute Vorschrift q) für die Gläubiger, sondern es stehet diesen frey, die Sache zum

l) Wenn um deswillen der Gläubiger mit seinem Wechselgesuche sollte abgewiesen werden können, so dürfte selten ein Wechselprozeß zu Stande kommen.

m) Er hat aber auch behauptet, daß die Facultät geirret habe und dieser Irrthum ergiebt sich aus den Chursächsischen Gesetzen.

n) Lediglich um deswillen unerheblich, weil dem Kläger das rechtliche Gehör verstattet worden war. Ausserdem konnten die Urthelsverfasser in der Sache nicht erkennen.

o) Ein sicheres Geleite bedarf nur derjenige, wider welchen nach Wechselrecht verfahren werden kann.

p) Die Resolution gründete sich darauf, weil der Beklagte nach der beygebrachten Bescheinigung sich noch unter der väterlichen Gewalt befand.

q) Allerdings enthielt sie so lange, als das rechtliche Gehör nicht verstattet war, eine absolute Vorschrift für die

zum rechtlichen Erkenntniß zu bringen. Und indem solches bey dem Wechsel quaest. geschehen ist, kann mehrgedachte Resolution nicht weiter dagegen angeführet werden r).

c) Ist auch diese Resolution eine bloße Zeitverordnung, die besonders den Zweck hatte, dem Beklagten Zeit zu lassen, sich mit seinen Gläubigern, besonders denjenigen, welche Wechsel von ihm in Händen hatten, zu setzen s). Endlich

3) steht auch hier die unmittelbare Landesherrliche Erklärung in dem Induct sub C um so weniger entgegen t), als bey solcher

a) die vorhin gedachte Regierungsresolution zum Grunde liegt, die damals, als sie verlassen wurde, allerdings erheblich war,

b) dadurch die nachgesuchte Wechselexecution von dem Bürger und Schneider Fr. Wilh. Wsp. abgeschlagen wurde, dem der Beklagte vorzüglich die Ausflucht des Betrugs entgegengesetzt hatte u), und endlich

c) die

die Gläubiger. Ich glaube auch nicht einmal, daß hier der Fall vorhanden war, wo das rechtliche Gehör verstattet werden mußte.

r) Aus dem von mir angeführten Grunde konnte der Beklagte sich darauf nicht berufen.

s) Diesen Zweck konnte man wohl nicht haben, wenn der Beklagte sich als einen solchen darstellte, wider welchen das Verfahren nach Wechselrecht statt hatte.

t) Lediglich um deswillen nicht entgegen, weil der Landesherr auf den Antrag der Regierung dem Kläger das rechtliche Gehör über sein Wechselrechtsgesuch gestattete.

u) Aus diesem Grunde nicht und auch nicht die Göttingische Juristenfacultät.

c) die Landesherrliche Erklärung, da sie in einer Justizsache erlassen worden, und sich auf die Regierungsresolution beziehet, überall nicht mehr rechtliche Wirkung, als diese haben kann.

Was endlich die dritte und letzte Einrede des Beklagten: daß der Wechsel bereits verjährt sey, betrifft, so ist bereits bemerkt worden, daß solche eben so gut, als die beyden vorhergehenden nach dem Leipziger, oder Chursächsischen Wechselrecht beurtheilet werden müsse x). Nun aber wird in Chursachsen zur Verjährung der von Personen, welche keine entweder zu Leipzig wohnhafte, oder dahin handelnde, und daselbst anzutreffende Kaufleute sind, als in Ansehung welcher die

Leipziger Wechselordnung §. 32

etwas besonders verfügt, eine Zeit von 4 Jahren von der Verfallzeit, oder der letzten Prolongation angerechnet, erfordert.

Anhang zur erl. Prozeßordnung §. 16.

Rescript vom Jahre 1768.

Hiernach kann nun der Wechsel quaest. nicht als verjährt angesehen werden, weil von der Verfallzeit desselben bis zum Tage der erhobenen Klage nicht 4 Jahre verstrichen sind. Es bedarf folglich nicht einmal der Untersuchung der Frage: ob die in dem Wechsel enthaltene Renunciation der Verjährung zu Recht beständig sey, da solche nur alsdann in Betracht kommen könnte, wenn nach Chursächsischen Rechten der Wechsel, als verjährt

x) Ich habe bereits bemerkt, daß dieses sich mit Grund nicht behaupten lasse.

jährt angesehen werden müßte. Zum Ueberfluß indeß, und damit der Beklage einsehen möge, daß es ihm nichts helfen würde, wenn man auch die Herzoglich Sächsische Wechselordnung am oben angeführten Orte zum Maasstabe der Beurtheilung der Verjährungszeit des Wechsels quaest. machen wollte y), ist zu bemerken, daß

y) Anders haben die Churfürstlich Sächsischen Schöppen zu Leipzig erkannt. M. sehe Siegels vollständige Sammlung der Wechselordnungen Th. 8. S. 199 und Hommel rhapsod. quaest. obs. 409. u. 16, wo er so sagt: Tempus, quo actioni praescribitur, cum alibi sit breuius, alibi longius. quaeritur: an jura loci valeant, vbi contractus, ex quo actio nata, celebratus; an vero ad locum iudicii respiciendum sit? Respondeo, praescriptionem inter exceptiones esse, has vero ad modum procedendi referri, nec ad valorem contractus; sed ad tempus et locum actionis instituendae pertinere. Man sehe aber was schon Hartleben in meditat. ad pandectas p. 167 dagegen erinnert hat. Anderer Meinung sind Wangerow in den Ergänzungen und Anmerkungen über seinen Entwurf des Wechselrechts S. 11 und Püttmann in den Anmerk. zur Leipziger Wechselordnung §. 32. n. 9. S. 75 und in aduersariis iuris lib. 3. c. X. pag. 255 seq. Diesem folgt größtentheils Mößler in dem angef. Handbuche S. 193, wo er sich so ausdrückt: die Wechselverjährung muß eigentlich und in regula nach den Gesetzen desjenigen Orts, wo der Aussteller oder Wechselschuldner, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, beurtheilet werden. Wenn daher der Aussteller oder Wechselschuldner, nach vollendeter Wechselverjährung den Aufenthaltsort verändert, so bleibt die Wechselverjährung bey Kräften, gesetzt auch, daß an dem Orte des anderweiten Aufenthalts eine weit längere Präscriptionszeit gelten sollte. Hat hingegen der Aussteller oder Wechselschuldner während der annoch laufenden Verjährungszeit seinen Aufenthalt verändert, so muß die Verjährung nach den Gesetzen des anderweit erwählten Aufenthalts annoch vollendet werden.

daß die Verzichtleistung auf die Ausflucht der Verjährung als eine fortlaufende Prolongation des Wechsels angesehen werden muß und daher in dieser Rücksicht auch selbst gegen die Herzoglich Sächsische Wechselordnung würde angeführet werden können, wenn solche hier überall in Betrachtung kommen dürfte z). —

Dritter Abschnitt.

Widerlegung der angeführten Gründe.

Erste Bemerkung.

In dem angezeigten Falle mußte die Herzoglich Sächsische Wechselordnung und nicht die Churfürstlich Sächsische zur Richtschnur dienen.

§. 1.

Ein Richter kann sich nur dann nach fremden Gesetzen richten, wenn es des Landesherrn ausdrücklicher oder stillschweigender Wille ist. Die Verhältnisse zwischen dem Richter und seinem Gesetzgeber scheinen für die Wahrheit dieses Satzes so stark zu sprechen, daß

z) Das Argument von der fortlaufenden Prolongation, dergleichen die Verzichtsleistung enthalten soll, führt nach meinem Ermessen viel zu weit. Ich halte es für sehr zweifelhaft, ob eine Verzichtsleistung dieser Art der Verjährung entgegen stehe. Wäre sie gegründet, so würde bald kein eigener Wechsel mehr zum Vorschein kommen, der nicht eine solche Verzichtsleistung enthielte und die in der W. O. gesetzte Verjährungszeit nichts helfen.

daß er keines andern Beweises bedarf a). Ein solcher Wille ist unter andern auch vorhanden, 1) wenn er in seinen Gesetzen Grundsätze annimmt, woraus folgt, daß sich der Richter in gewissen Fällen nach einem fremden Gesetz richten soll; 2) wenn in dem recipirten fremden Rechte Grundsätze, welche zugleich mit angenommen sind, vorkommen, die dieses zur Folge haben und 3) wenn der Landesherr gewisse Verhältnisse anerkennt, vermöge welcher der Richter sich in gewissen Fällen fremde Gesetze zur Richtschnur dienen lassen muß. Hiernach muß auch der aufgestellte Satz: wenn von der Gültigkeit oder Ungültigkeit einer rechtlichen Handlung die Rede ist, so müssen die Gesetze des Orts zur Anwendung kommen, wo solche unternommen und vollzogen wurden, keinesweges aber diejenigen, wo geklagt wird, beurtheilt werden. Geschiehet dieses, so stellt er sich in seiner Allgemeinheit unrichtig dar. Ein Minderjähriger schließt an einem fremden Orte, nach dessen Gesetzen er die Jahre der Majorennität hat, einen Vertrag, der nach

a) Man ist bisher in der Materie, wovon die Rede ist, von keinem gewissen Prinzip ausgegangen, sondern hat vielmehr nur für einzelne Fälle Gründe aufzustellen gesucht. Daher kommen die vielen einander widersprechenden Meinungen, und wenn ein Rechtsgelehrter durch den, gewissen Fällen untergelegten Grund zu weit geführet worden war, so kam er bey andern ganz ähnlichen Fällen, von welchen er fand, daß sie nicht eben so entschieden werden konnten, in Verlegenheit. Man spricht auch gewöhnlich in solchen Fällen von einer Collision der Gesetze, dergleichen aber eigentlich gar nicht vorhanden ist.

nach den Gesetzen seines Wohnorts, wegen seiner Minderjährigkeit, ungültig ist. Da er hierauf bey dem Richter seines Wohnorts verklagt wird, so schützt er seine Minderjährigkeit vor, welcher aber der Kläger jene Regel entgegensetzt. Ich sollte glauben, daß die Einrede des Beklagten vollkommen gegründet sey. Wenn ein junger Mensch, welcher nach den Gesetzen seines Wohnorts noch kein Testament machen kann, dergleichen an einem fremden Orte errichtet, wo junge Leute dieses Alters hierzu befugt sind; ist ein solcher letzter Wille vielleicht gültig? Ich glaube es schlechterdings nicht. Ich vermache einem in einem Testament ein Grundstück, das er zwar nach den Gesetzen des Orts, wo dasselbe gemacht worden, nicht aber nach den Gesetzen des Orts, wo dasselbe gelegen ist, erwerben kann. Kann der Legatar das Grundstück verlangen? Keinesweges. Wenn ein weltlicher Kirchenpatron eine Expectativ auf ein noch nicht erledigtes geistliches Beneficium in einem Lande ausstellt, wo dergleichen Expectanzen gültig sind; ist vielleicht das geistliche Gericht eines andern Landes, bey welchem sie geltend gemacht werden soll, sich nach jener vorgeblichen Regel zu richten verbunden? Ohne Zweifel nicht. Wenn bey Gerichten eines Landes nur gerichtlich recognoscirte Vollmachten angenommen werden; kann derjenige, welcher eine Vollmacht, der die gerichtliche Recognition abgeht, dem Richter übergiebt, ihm um deswillen anmuthen, daß er sie gelten lassen soll, weil an dem Orte des Ausstellers keine gerichtliche Recognition erforderlich ist? Ohne Zweifel dürfte diese Anmuthung fruchtlos seyn.

Wenn

Wenn ein Unterthan eines Staats in der Absicht, um den Gesetzen desselben auszuweichen, in einem fremden Lande eine Handlung vollzieht; wenn Personen an einem Orte, wo ihnen die eheliche Verbindung erlaubt war, sich mit einander verloben, und die Vollziehung der Ehe an einem andern Orte, wo sie schlechterdings verboten ist, verlangen, wenn durch das fremde Gesetz, in Gemäsheit dessen das Geschäft geschlossen war, den Rechten und Freyheiten des Landes, des Richters, bey dem es zur Sprache kommt, offenbar Eintrag geschiehet; so kann hier eben so wenig, als in den vorher angeführten Fällen, nach dem von mir aufgestellten Princip, der schon erwähnte Satz Anwendung finden, mithin nicht einmal in allen Fällen ohne Ausnahme, wenn selbst nicht von dem Gegenstande einer Handlung, sondern von der bloßen äußern Form und Solennität der Handlung der Personen die Rede ist. Und eben so gewiß ist es auch, daß nach demselben die Art des gerichtlichen Verfahrens nach den Gesetzen des Gerichts, wo davon die Rede ist, beurtheilt werden muß b). Denn giebt der

b) Ant. Faber in Cod. ad tit. de Legibus def. 3. n. 2. Hertius in diss. de collissione legum sect. IV. §. 70. Hofacker in principiis juris ciuilis tom. 1. pag. 116. Westphal in dem deutschen Reichsständischen Privatrechte Th. 1. S. 33. Hommel rhapsod. quaestion. obs. 409. n. 10 et 16, wo er sagt: Finge instrumentum, vbi conficitur, paratam habere executionem, secundum jura loci autem, ubi producitur, hoc effectu carere; dico, judicem suos mores sequi, quoniam actiones, exceptiones et probationes; ideoque et instrumentorum valor ad processum spectat. (Der Satz, welchen er behauptet, ist richtig, aber der dem-

der Gesetzgeber Vorschriften über die Art des gerichtlichen Verfahrens, so enthalten dieselben einen Befehl, hiernach und nicht nach den Gesetzen eines andern Orts sich zu richten, insoferne dieselben nicht gewisse andere Bestimmungen enthalten.

§. 2.

Kommt es nun auf die Frage an: Kann der Richter eine Urkunde, welche eine Executivklage begründen soll, als eine guarentigiirte ansehen und darauf in Gemäßheit des Executivprozesses verfahren? so ist von der Art des Verfahrens die Rede, und er muß daher, wenn ihm darüber Vorschriften gegeben worden sind, nach diesen beurtheilen, ob die Urkunde, der Wechsel die innern und äußern Eigenschaften haben, welche jene Vorschriften erfordern, und hat sich in einem solchen Falle um die Eigenschaften, welche die Gesetze des Orts, wo sie ausgestellt worden sind, bestim-

demselben untergelegte Grund nicht richtig ausgedrückt. Wenn z. B. bey einem Prozesse ein Testament für ungültig erklärt wird, weil es ohne die erforderliche Zeugenanzahl wäre gemacht worden; so muß der Richter allerdings auf die Gesetze des Orts sehen, wo es gemacht worden ist). Weber in der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten und deren Wirkung Abth. 3. S. 74 und 75, wo er sagt: positive Vorschriften, welche die Rechtshülfe der Zwangspflichten bestimmen, dienen nur dem Richter, welchem sie wirklich ertheilt sind, zur Richtschnur. Andere Gerichte sind nicht verbunden, darnach zu verfahren. Glück im Commentar über die Pandecten Th. 1 S. 387, wo es heißt: das gerichtliche Verfahren, Wechselproceß, Concursordnung sind nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen, wo sie vorkommen, auch der Arrest wird nach den Gesetzen des Fori verfügt, wo er gesucht wird. Danz in dem schon angeführten Handbuche des teutschen Rechts Th. 1 S. 184.

stimmen, nicht zu bekümmern c). Das Gegentheil zu behaupten, würde jenem Prinzip und zugleich der Natur der Sache zuwider seyn. Von einem Richter wird wohl verlangt, daß er die Proceßordnungen, auf welche ihn sein Landesherr verweiset, sich anschaffe, man kann ihm aber nicht zumuthen, daß er sich mit allen Proceß- und Wechselordnungen, die im teutschen Reiche existiren, versehe. Er würde daher, wenn ein Wechselgläubiger behauptete, daß ein Wechsel alle innere und äußere Eigenschaften, welche nach dem Ort der Ausstellung erforderlich sind, habe, auf den Fall, da seine Wechselordnung ihn zu einer Verfügung nach Wechselrecht nicht auffordert, eine legale Nachweisung erwarten können: bis dahin aber würde der Wechselschuldner schon Gelegenheit finden, besonders wenn er ein Fremder ist, sich zu entfernen. Da nun in den Altenburgischen Landen eine eigene Wechselordnung vorhanden ist, in deren ersten Sphen es heißt: **Nachdem die Wechsel bekannter Maßen in eigene und trassirte eingetheilt werden, also ist bey den erstern, daferne sie anders in hiesigem Fürstenthum gültig seyn sollen, folgendes zu beobachten;** — so muß um so gewisser diese und nicht die Leipziger Wechselordnung in jenen Fällen zur Richtschnur dienen, weil darin, ohne einen Unterschied zwischen einem Fremden und einem Unterthan zu machen, oder weiter zu unterscheiden, ob der Wechsel in den Altenburgischen Landen, oder auswärts ausgestellet sey, verordnet ist, daß eine

c) Sollten dergleichen Vorschriften nicht vorhanden seyn, so würde sich die Sache anders darstellen.

eine Person, die noch unter der väterlichen Gewalt stehet, nicht wechselfähig seyn, mithin der von einer solchen Person ausgestellte Wechsel nicht als ein solcher betrachtet werden soll. Die Unterlassung einer solchen unterscheidenden Bestimmung enthält ohne allen Zweifel einen Befehl des Gesetzgebers für den Richter, nicht voreilig zu seyn und nicht zu unterscheiden, wo er nicht unterschieden hat. Offenbar unrichtig erscheint also die Erklärung, daß die Altenburgische Wechselordnung blos von den in dem Altenburgischen Lande ausgestellten Wechseln rede, und daher nicht auf solche ausgedehnet werden könne, die auswärts ausgestellet worden sind. So gewiß dieses an sich schon seyn und aus dem Inhalte dieser Wechselordnung sich ergeben möchte, so gewiß wird es doch noch mehr, nach dem Satze: exceptio firmat regulam, dadurch bestärkt, daß der Gesetzgeber bey einigen Dispositionen der Wechselordnung einen Unterschied zwischen Fremden und Unterthanen und dem Orte der Ausstellung macht. Denn der 4te Paragraph des vierten Kapitels lautet so: — Würde auch jemand mit einem zu Ausstellung der Wechsel Unfähigen sich verschreiben, so kann ersterer und zum Wechsel fähiger zwar zur Bezahlung nach Wechselrecht vor die ganze Summe angehalten werden, aber gegen den correum zu keiner Zeit Regreß nehmen. Was die in hiesigen Landen sich aufhaltenden Fremden betrifft, hat, wenn der Wechsel in hiesigen Landen gestellt ist, eben diese Disposition statt, wäre aber solcher anderwärts, wo dergleichen Einschränkungen nicht statt finden,

aus-

ausgegeben und nur vor hiesigen Foris nach Wechselrecht geklagt, ist nach Wechselrecht zu verfahren. — Wenn daher der Herr Urthelsverfasser sagt, es sey keinem Zweifel unterworfen, daß in Absicht der Form des Wechselprozesses selbst und der dabey vorkommenden gerichtlichen Handlungen, nicht die Gesetze des Orts, wo der Wechsel ausgestellt worden, sondern die Gesetze des Orts, wo geklagt worden, mithin hier nicht die Leipziger Wechselgesetze, sondern die Altenburgischen zum Grunde gelegt werden müßten; so ist damit nach dem Vorhergehenden viel zu wenig gesagt; richtig aber ist die Frage nicht gestellt, wenn er fortfährt: Allein davon ist hier die Rede nicht, sondern davon, ob der Beklagte überall nach Wechselrecht belangt werden kann und ob er in dieser Hinsicht den producirten Wechsel entweder zu recognosciren, oder eidlich zu diffitiren schuldig ist? — Ohne Zweifel war davon die Rede, ob gegen den Beklagten, nach der Bitte des Klägers, nach Wechselrecht, mithin auf den bekannten Fall mit der Incarceration, von dem Altenburgischen Richter verfahren werden könne? Die Pflicht des Richters brachte hier noch mehr, als in dem Fall, da aus einer vorgeblich guarentigiirten Urkunde executive geklagt wird, mit sich, die innere und äußere Form der Urkunde zu erwägen und bey dieser Erwägung, dem Willen des Gesetzgebers gemäß, die vorgeschriebene Wechselordnung zu seinem Maaßstabe zu nehmen. Dabey konnte er aber übrigens ganz unbekümmert seyn, wie fremde Richter, wenn sie zu dergleichen Verfügungen gegen den Beklagten aufgefordert werden sollten, sich betragen würden.

§. 3.

§. 3.

Wenn der Herr Urthelsverfasser in seinen Behauptungen aus Gründen consequent seyn will, so muß er selbst meiner Meinung beypflichten. Es verstehet sich freylich, sagt er, daß der eben behauptete Satz in Ansehung des Wechselrechts eine Ausnahme leiden muß, wenn der Landesherr, wozu er allerdings befugt ist, ausdrücklich verordnet hat, daß in seinem Lande die Wechselstrenge durchaus (ob der Gesetzgeber das Wort, durchaus, gebraucht hat, oder nicht, kann wahrlich keinen Unterschied machen) nicht statt finden, sondern wenn aus einem Wechsel geklagt wird, die Sache wie eine blose Schuld oder Executivklage verhandelt werden solle. — Ich frage, aus welchem Grunde? Kein Rechtsgelehrter kann einen andern angeben, als den, weil es des Gesetzgebers Wille so verlangt. Denn nirgends steht geschrieben, daß er gerade so, wie der Herr Urthelsverfasser verlangt, seinen Willen zu erkennen geben müsse? Ich sollte auch denken, daß es nach bekannten Rechtsgrundsätzen sowohl, als nach der gesunden Vernunft gleichviel seyn könne, wie und auf welche Weise der Gesetzgeber seinen Willen zu erkennen gegeben habe; genug, daß er seinen Willen hierüber zu erkennen gegeben hat. Da es nun nach dem Vorhergehenden des Durchlauchtigsten Herzogs von Sachsen-Gotha und Altenburg Wille ist, daß der Altenburgische Richter sich in solchen Fällen nach der Altenburgischen und nicht nach der uns nichtsangehenden Leipziger Wechselordnung richten soll; so muß der Herr Urthelsverfasser selbst nach dem Grunde, der nothwendig seiner

Be-

Behauptung unterzulegen ist, letztere zu eingeschränkt und die Unanwendbarkeit seines Satzes anerkennen. Hierdurch erhält auch das übrige Anführen des Herrn Urthelsverfassers seine Erledigung. Es versteht sich allerdings von selbst, daß auch jener Satz an seiner Allgemeinheit verlieret, wenn der Landesherr, welche Befugniß ihm gleichfalls nicht abzusprechen ist, verordnet hat, daß nur solche Wechsel in seinen Landen gelten sollen, bey welchen die in den Landesgesetzen vorgeschriebenen Formalitäten beobachtet worden sind; allein es ist eben so wahr, daß eines Theils, wenn ein Landesherr, eine eigene Wechselordnung in seinen Landen publiciren läßt, und die Richter darauf verweiset, durch Hinzufügung einer solchen Disposition der Natur der Sache nach etwas unnützes und überflüssiges befohlen wird, und andern Theils sogar die angeführte Stelle dergleichen Befehl enthält.

Zweyte Bemerkung.

In den Churfürstlich Sächsischen Landen ist ein Doctor, welcher, ob er wohl 25 Jahre alt, dennoch unter der väterlichen Gewalt stehet, nur dann für wechselfähig zu achten, wenn er eigenes Vermögen besitzt, worüber er frey disponiren kann.

§. 1.

Wenn auch jene Fälle so geeigenschaftet wären, daß man dabey auf die Chursächsischen Gesetze hätte Rücksicht nehmen müssen, so würde doch selbst nach diesen gegen den Beklagten nicht haben nach Wechselrecht ver-

verfahren werden können. Schon der Geist des erwähnten Mandats vom 29sten December 1718 verlangt dieses. Es heißt in demselben: „verordnen, daß hinführo die Studiosi, so auf einer von Unsern ermeldten beeden Universitäten sich wirklich befinden, sowohl die minder- oder volljährig sind, ingleichen ausser denenselben alle andere, so annoch unter Väterlicher Gewalt stehen, keine Wechselbriefe ausstellen, noch andern, wer die auch seyn, solche von ihnen annehmen, oder widrigenfalls erwarten sollen, daß ihnen daraus wider die Aussteller, weder bey währenden solchem Zustande, noch auch hernach auf dessen erfolgte Veränderung, verholfen werde, gestalt denn ein dergleichen ausgestellter Wechselbrief nicht einmal als eine bloße Handschrift gelten, am wenigsten aber jemahls darauf das Wechselrecht gestattet werden soll. Immassen denn auch nicht minder die Eltern derer wirklichen Studiosorum und anderer, annoch in Patria Potestate stehenden Personen, sie seyn mündig oder unmündig, deren gemachten Wechsel-Schulden halber, zur Bezahlung nicht anzuhalten, sondern auch ihres Orthes bey deme, ihnen hierwider zu statten kommenden Senatus Consulto Macedoniano, zu schützen sind, und, wie dieses auch von dem Falle zu verstehen, wenn gleich in solchen Wechselbriefen die Clausula Iuratoria enthalten, als weshalber vielmehr, sowohl die Ausstellere, als die Annehmere, wegen Mißbrauch des göttlichen Nahmens, willkührlich zu bestrafen sind; Also ist es hingegen auf andere, sowohl auf

den

den Universitäten, als ausser denenselben, welche zwar unter der Patria Potestate stehen, dabey aber ein absonderliches Peculium und eignes Vermögen haben, oder Doctores sind und Praxin exerciren, oder selbst andern Collegia halten, desgleichen diejenige, so wirkliche Handlung treiben, keinesweges zu extendiren, sondern es verbleibet wider dieselben und andere, die von der Väterlichen und Vormünder Gewalt befreyet, ihr eigen Wesen haben, das Wechselrecht ein- für allemal bey völligen Kräften." — Zwar scheint es, als ob die Worte des Gesetzes: welche Doctoren sind und Praxin exerciren, oder selbst andern Collegia halten, so deutlich wären, daß sie gar keine Erklärung erforderten; allein in der That ist dieses auch nur bloßer Schein. Sogleich geht dem Leser dabey die Frage bey: Wenn exerciret denn ein Doctor nach des Gesetzgebers Meinung Praxin? Die Antwort, welche man sich selbst giebt, oder von andern erhält: der Gesetzgeber bestimme nicht, daß ein solcher Doctor viel, oder wenig practiciret habe, mithin müsse es schon genug seyn, wenn er nur einige Schreiben gemacht, kann schlechterdings nicht befriedigen, weil ersterer doch die Ausnahme in Ansehung solcher Doctoren auf eine Realität, die jedem vernünftigen Gesetz unterliegt, gegründet haben muß, dergleichen sich aber nicht denken läßt, wenn letzterer durch seine Praxis, oder durch seine Vorlesungen wenig oder gar nichts verdienet haben sollte. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber der Meinung gewesen sey, es solle wider denselben nach Wechselrecht verfahren werden, wenn er

nur drey Bratwürste mit seiner Praxis verdienet, oder wenn er ein Arzt ist, dahin es durch Aufwand aus seinen eignen Mitteln gebracht hat, daß mit Schüchternheit und Furchtsamkeit ein Dutzend Recepte und Besuche von den Kranken angenommen worden sind. Einige Bratwürste und dergleichen Dinge können doch unmöglich einen Grund abgeben, einen Doctor für wechselfähig zu erklären! Die gesunde Vernunft erfordert es dahero nothwendig auf das wenig oder viel in diesem Falle Rücksicht zu nehmen. Hierzu kommt auch, daß man nach dem Sprachgebrauche von demjenigen Doctor, der erst einige Schreiben gemacht und dabey allenfalls einige Defensionen gefertiget hat, nicht füglich sagen kann: er exercire Praxin; wenigstens will derjenige, welcher nach einem Doctor der Rechte, der Praxin exerciret, sich erkundiget, um ihm eine Sache zu übertragen, nicht an einen solchen Mann gewiesen seyn. Daher kann man, auch abgesehen von andern Umständen, schon an sich nicht mit Gewißheit annehmen, daß der Gesetzgeber eine solche Bedeutung mit diesen Worten habe verbunden wissen wollen. Eine Auslegung jener Stelle ist also schlechterdings nöthig; und dabey kommt es auf die Frage an: Wenn hat wohl nach der Absicht des Gesetzgebers gegen einen solchen noch unter der väterlichen Gewalt stehenden Doctor nach Wechselrecht wegen eines ausgestellten Wechsels verfahren werden können? Gründe genug, welche zum Theil von der Beschaffenheit sind, daß auch nicht einmal ein Zweifel dagegen statt finden kann, beweisen, daß er nur dann dazu geeigenschaftet seyn soll, wenn er auf solche Weise

oder

oder durch andere Zugänge Vermögen erwirbt, worüber er frey ordnen kann.

§. 2.

Für diese Behauptung sprechen erstens die Rechtsgrundsätze, welche der Gesetzgeber bey jenem Gesetz vor Augen gehabt hat. Er erwähnet nicht nur in demselben des Macedonianischen Rathschlusses, sondern wendet auch denselben seinem Inhalte nach unter einigen Bestimmungen auf die Wechsel an. Man müßte die Worte und den Geist des Gesetzes ganz verkennen, wenn man dieses nicht zugeben wollte. Hat aber ein Doctor dergleichen Vermögen nicht, so treffen die übeln Folgen des Wechselverfahrens wider ihn ohne allen Zweifel weniger ihn, als den Vater und gleichwohl wurde jener Rathschluß bekanntermaßen nicht sowohl zum Vortheil des Haussohnes, als vielmehr der Väter und aus Haß gegen die Wucherer gemacht d). Da nun der Gesetzgeber auch nicht auf eine entfernte Art zu erkennen gegeben hat, daß er zum Nachtheil der Väter die Wirkungen jenes Rathschlusses vermindern wolle;

d) Einige Schriftsteller wollen zwar manches wider die heutige Anwendung des Macedonianischen Rathschlusses einwenden, von Tevenar über die Rechtsgelahrheit Th. 4. Absch. 11. S. 590 u. f.; allein in der That verdienen ihre Gründe keine Widerlegung. Wäre kein Macedonianischer Rathschluß vorhanden, so würden die teutschen Gesetzgeber dergleichen Gesetz, welches Verderben und Unglück von vielen Familien abwendet, zu machen genöthiget gewesen seyn. Daher haben auch alle diejenigen, welche Gesetze gaben, bey welchen es darauf

wolle; so kann derselbe nach den Grundsätzen, die er anerkennt, um so weniger eine andere Bedeutung, als die angegebene, mit den Worten verbunden haben, da zweytens der Zusammenhang des Gesetzes und der Umstand, daß solche Doctoren denjenigen an die Seite gesetzet sind, welche wirklich Handlung treiben, oder welche, von der väterlichen und vormundschaftlichen Gewalt befreyet, ihr eignes Wesen haben und in den Gesetzen, auf welche ich sogleich kommen werde, ebenfalls die Absicht, die Väter zu begünstigen, nicht zu verkennen ist, laut dafür sprechen. Und wie kann man drittens nur im geringsten hieran noch zweifeln, da der Gesetzgeber in andern ausdrücklich zur Erläuterung dieses Mandats gegebenen Gesetzen einen solchen Sinn jenen Worten beylegt. In dem Mandat vom 21sten April 1724, welches die Aufschrift hat: **Mandat wider das Aufborgen junger Leute, auch Ausstellung der Wechselbriefe, und dabey mit unterlaufenden Mißbräuche,** — heißt es im Eingange: — **So haben wir zwar, soviel die letztern** e) **wegen Ungültigkeit der, von den Studenten und andern unter**

darauf ankam, ihre Gedanken darüber zu sagen, ihn ausdrücklich, oder durch Dispositionen, welche eine Anerkennung seiner Gültigkeit enthalten, bestätiget. Da es auch eines Gläubigers Pflicht ist, sich nach den Verhältnissen derjenigen Person, mit welcher er einen Vertrag schließt, zu erkundigen; so kann desselben Einrede von der Unkenntniß des Zustandes seines Schuldners in keinen rechtlichen Betracht kommen. M. s. Godfr. Ludw. Mencken de vsu forense SCti Macedoniani in Germania, Viteb. 1715.

e) Nemlich die Wechselbriefe.

unter väterlicher Gewalt stehenden Personen ausgestellten Wechselbriefe vermittelst des unterm 26sten December im Jahr 1718 ins Land publicirten Mandats f), gewisse und nachdrückliche Vorsehung gethan. Nachdem aber solches nicht hinlänglich seyn wollen, diesem Unwesen abzuhelfen, Wir auch daher der Nothdurft zu seyn befunden, auf andere Mittel und Wege zu denken, wie sowohl dem unbesonnenen Aufborgen der Jugend, als dem strafbaren Eigennutz der Wucherer und anderer gewinnsüchtiger Leute, auch denen bey beyden zeither vorgegangenen Mißbräuche des Wechselrechts, mehr und mehr gesteuert werden möge: als ordnen Wir hiermit, §. 1 daß, gleichwie wegen der Studenten und in der väterlichen Gewalt sich befindenden Personen es bey nur angezogenem Mandat, welches hiermit wiederholet wird, sein Bewenden behält; also hinführo auser Handelsleuten niemand, wes Standes und Condition er seyn mögen, oder soviel diejenigen, so unter väterlicher Gewalt befindlich, betrifft, ein eignes, im übrigen zu seiner freyen Disposition stehendes Vermögen besitzt, ehe er das 25ste Jahr seines Alters erfüllt, Wechselbriefe auszustellen, zu indossiren, oder zu acceptiren, oder nach Wechselrecht

f) Also selbst nach der Erklärung der Gesetzgeber soll dieses Mandat vom 29sten December 1718 kein für die Academie besonders gegebenes Gesetz seyn, wie auch schon Eingang, Innhalt und Schluß desselben unwidersprechlich beweisen.

recht sich zu verschreiben Macht haben und wenn es geschiehet, die vor solcher Zeit ausgestellte indossirte oder acceptirte Wechsel, oder Wechselverschreibungen schlechterdings ungültig seyn. — Alle diejenigen also, die keinen Handel treiben und noch unter der väterlichen Gewalt stehen, sollen vor dem 25sten Jahre gar keine Wechsel ausstellen können, nach dem 25sten Jahre aber nur dann, wenn sie ein eignes zu ihrer freyen Disposition stehendes Vermögen besitzen. Diese Stelle enthält doch wohl offenbar eine genauere Bestimmung und zugleich auch eine Erläuterung des Mandats. Bald hierauf, nemlich noch in diesem Jahre, fand der Gesetzgeber bey der Erläuterung und Verbesserung der Prozeßordnung für gut, sich nochmals über jenes Mandat so zu erklären g): Was den Wechselprozeß betrifft, wollen Wir es zwar zur Zeit noch dabey bewenden lassen, daß derselbe nicht allein unter den Kaufleuten, sondern auch gegen andere, so Wechselbriefe ausgestellt oder sich nach Wechselrecht verschrieben, statt haben möge: Jedoch sollen hiervon Weibspersonen, so nicht Handlung treiben, ingleichen ausser den Kaufleuten diejenigen, so noch nicht das 25ste Jahr erfüllt, Studiosi auf Universitäten und die, so sich unter väterlicher Gewalt befinden, da sie nicht ein peculium castrense, quasi castrense oder aduentitium irregulare haben, nach Anleitung unserer am 29sten December 1718 und

g) Chursächsische erläut. und verb. Prozeßordnung Anhang vom process. summario executiuo, camb. et possessorio §. 11. S. 306.

und d. d. Warschau den 21sten April 1724 ergangenen Mandate, wie nicht weniger Bauersleute, wenn diese letztern nicht zugleich zulässige Handlung treiben, oder Güter pachten, gänzlich ausgenommen seyn u. s. f. Hiernach also soll es bey jenen Gesetzen, unter andern auch in Ansehung der unter väterlicher Gewalt stehenden Personen verbleiben; nur wird ausser der Verordnung über Bauersleute, statt des im Mandate vom 21sten April 1724 vorkommenden Ausdrucks: eignes, im übrigen zu freyer Disposition zustehendes Vermögen, dieser: peculium castrense, quasi castrense oder aduentitium irregulare h) im

h) Die Worte: aduentitium irregulare, konnten leicht wieder Streitigkeiten erregen. Bekannt ist, daß viele behaupten, ein Haussohn, welcher dergleichen besitzt, könne dennoch den Macedonianischen Rathschluß für sich anführen, weil er nicht als pater familias in Ansehung desselben zu betrachten sey. Carpzov p. 2, const. 10. def. 16 in fine. Lauterbach in dissert. de pecul. aduent. irregul. §. 16. Andere behaupten das Gegentheil, weil ein solcher Haussohn über diese Art des peculii disponiren könne, wenn er auch nicht als Hausvater in Ansehung desselben zu betrachten sey. Stryk in vsu moderno pandectarum lib. 19. tit. 6. §. 7. p. 338. vol. I. oper. praest., welcher sich auf die Nov. 117. c. 1 beruft. Ob nun wohl keinem Zweifel unterworfen seyn kann, daß der Gesetzgeber hierin so gedacht habe, wie Stryk, so möchte doch auch soviel gewiß seyn, daß es ein peculium aduentitium irregulare gebe, worüber der Haussohn nicht frey disponiren kann. Eine solche Art des peculii aduentitii irregularis kann nun auch in Sachsen einen solchen Haussohn nicht wechselfähig machen. Denn der Gesetzgeber wollte hier keine iura des peculii aduentitii irregularis constituiren, sondern er setzte nur die freye Disposition darüber als richtig voraus.

im Vorbeygehen gebraucht. Da man aber in Ansehung der Weibspersonen eine Erläuterung dieses Mandats vom Jahre 1724 für nöthig hielt, so wurde schon unter dem 18ten März 1727 ein neues Mandat in dieser Absicht erlassen i), in welchem zugleich die Stelle jenes Mandats, welche von Wechseln solcher Personen redet, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, wörtlich wiederholt, mithin eine Bestätigung desselben wörtlich erfolgt ist. Es heißt daher auch hier, daß diejenigen, so noch unter väterlicher Gewalt stehen und ein eigenes im übrigen zu freyer Disposition stehendes Vermögen besitzen, nicht eher, als nach erfülltem 25sten Jahre Wechsel ausstellen, oder sich nach Wechselrecht verschreiben sollen. Die Worte: peculium aduentitium irregulare müssen daher offenbar von einem solchen peculio aduentitio verstanden werden, worüber der Haussohn disponiren kann.

§. 3.

Unbedeutend ist daher das in jenen Urthelsgründen enthaltene Anführen. 1) Weil das Mandat vom Jahre 1718 vorgeblich nähere Bestimmung enthält, als die neuern Gesetze, so soll sich dasselbe sehr wohl mit diesen vereinbaren lassen; in der That eine sonderbare Behauptung! Wenn ein Gesetzgeber einem Gesetze in Absicht eines Gegenstandes mancherley Bestimmungen gegeben hat, er findet aber, daß er dieselben in einer allgemeinen Bestimmung, welche seiner Absicht mehr entspricht, zusammen fassen kann, und giebt daher darüber

i) Codex Aug. tom. IV. p. 1130.

darüber ein erläuterndes Gesetz; so muß man ersteres mit letzterm nach der in diesem enthaltenen allgemeinern Bestimmung zu vereinigen suchen. Das ist von mir geschehen und hiernach stellt sich die Sache anders dar, als der Herr Urthelsverfasser hat wähnen wollen. In dem Mandat vom Jahre 1718 war unter andern auch festgesetzt, daß majorenne, aber noch unter der väterlichen Gewalt stehende Personen nur in drey Fällen Wechsel sollen ausstellen können, 1) wenn sie ein absonderliches Peculium und eigenes Vermögen hätten, oder 2) Doctoren wären und Praxin exercirten, oder andern Collegien hielten, oder 3) Handlung trieben. Nun fand der Gesetzgeber und mußte es finden, daß die beyden erstern Bestimmungen ihrem Ausdruck nach nicht ganz den Rechtsgrundsätzen, welche er vor Augen hatte, und auch nach der Natur der Sache vor Augen haben mußte, entsprachen. Er wollte nichts zum Nachtheil der unschuldigen Väter verordnen und doch fand er, daß seine Disposition in der Anwendung den Vätern und der Familie verderblich wurde; dieses verursachte Klagen. Seine Absicht war keinesweges, daß die Wucherer dadurch gewinnen sollten, und doch fand er, daß diese nun ein ziemlich freyes Spiel hatten. Kaum war der junge Mensch, welcher reiche Eltern hatte, zum Doctor gemacht, so waren auch die Spielfreunde bemüht, denselben nach dem Buchstaben des Gesetzes wechselfähig zu machen. Leicht wurde es ihnen es soweit zu bringen, daß er einige Dutzend Recepte schreiben, einige Collegien lesen, oder in einigen unbedeutenden Prozessen figuriren konnte. Nun wurde er

in

in eintretenden Fällen wegen dieser Kindereien von den Gläubigern für wechselfähig erklärt. Gelang es ihnen auch nicht, so entstanden doch daraus die größten Unannehmlichkeiten für den jungen Menschen und seine Eltern. Dieß mußte den Gesetzgeber, der kein solches schädliches Spiel hatte legalisiren wollen, aufmerksam machen. Auch benutzte man die Jugend solcher Menschen, welche kaum 21 Jahre alt geworden waren und ob sie wohl sich noch unter der väterlichen Gewalt befanden, doch ein besonderes Peculium und eignes Vermögen hatten. Gar bald sah man dieses Vermögen in den Händen anderer und besonders auch der Wechselgläubiger, welches doch des Gesetzgebers Wille nicht war. Er fühlte daher, daß, abgesehen von denjenigen, die Handlung treiben k), die sächsische Volljährigkeit bey andern Personen, die noch unter väterlicher Gewalt stehen, nicht hinlänglich sey und änderte daher das Mandat ab, indem er ein Alter von 25 Jahren vorschrieb; gieng aber in der Folge noch weiter und erforderte ein solches Alter auch bey denjenigen, welche nicht mehr unter der väterlichen Gewalt stehen. Er sah aber auch die Nothwendigkeit ein, zu Vermeidung alles Mißverständnisses in Ansehung des andern auf das Vermögen sich beziehenden Erfordernisses sich deutlicher und richtiger auszudrücken, und fand keinen vernünftigen Grund hierbey, welcher einen Unterschied unter Doctoren und andern rechtfertigen konnte. Im allgemeinen bestimmte er daher in den neuern Gesetzen, daß

k) Davon spricht der 5te Paragraph des gedachten Mandats.

daß alle diejenigen, welche noch unter der väterlichen Gewalt ständen, ein eigenes zu ihrer freyen Disposition stehendes Vermögen haben sollten und ließ es lediglich in Ansehung der Handlung treibenden Personen bey dem alten Mandate. Wäre es seine Absicht gewesen, daß es auch in Ansehung der Doctoren bleiben sollte, so mußte er dieser eben so, wie der Handlung treibenden Personen erwähnen und könnte auch nicht einmal das bestimmte Wechselalter auf sie angewendet werden, gleichwohl aber zweifelt hieran niemand. Eben so verhält es sich 2) mit der Behauptung des Herrn Urthelsverfassers, daß das Mandat vom 29sten Dec. 1718 ein für die Academie besonders gegebenes Gesetz sey, die neuern Gesetze aber als allgemeine Gesetze betrachtet werden müßten und bekanntlich ein besonderes Gesetz einem allgemeinen überall, wenn es auch das Gegentheil von diesem verfüge, nicht anders derogiren könne, als wenn dieses der Gesetzgeber ausdrücklich erkläret habe. Es ist, wie vor allen Dingen zu bemerken ist, unwahr, daß dieses Mandat ein für die Academie besonders gegebenes Gesetz sey. Die Aufschrift desselben [1] lautet freylich so: **Mandat wegen der Studiosorum Wechselbriefe, d. d. Dreßden den 29sten December 1718;** — allein wer wird aus den so sehr oft, besonders auch bey den Chursächsischen Gesetzen, schlecht angegebenen Rubriken einen solchen Schluß auf die Beschaffenheit des Gesetzes machen. In der That scheint der Herr Urthelsverfasser nur jene Rubrik und nicht das Mandat selbst gelesen zu

1) M. s. die Beylagen zur neuen erläuterten und verbesserten Prozeßordnung S. 182.

zu haben; denn sonst hätten ihn Eingang, Inhalt und Schluß desselben eines andern belehren müssen. Aus dem Eingange siehet man zwar, daß Studenten auf den Universitäten Leipzig und Wittenberg Gelegenheit dazu gegeben haben, diesen Gegenstand auf einem Landtage zur Sprache zu bringen, man fand ihn aber so, daß man für nöthig hielt, über die Wechsel der Studenten und aller dererjenigen, welche, ob sie wohl majorenn sind, dennoch unter der väterlichen Gewalt stehen, sie mögen sich auf Universitäten befinden, oder nicht, ingleichen auch über andere Schulden der Studenten ein in das ganze Land zu publicirendes Mandat zu machen. Daher spricht es namentlich mit von majorennen auf Universitäten oder sonst sich befindenden Personen, welche ein absonderliches Peculium oder Vermögen haben, oder Handlung treiben. Alle diese Personen nun haben auch die neuern Gesetze mit zu ihrem Gegenstande. Es kann also insoferne an der ganz vollkommen gleichen Beschaffenheit dieser Gesetze im geringsten nicht gezweifelt werden, und fällt daher schon in dieser Rücksicht das, was auf jene ganz falsche Prämissen von dem Herrn Urthelsverfasser gebauet ist, dahin. Gesetzt nun aber auch, es wäre jenes Mandat ein für die Academie besonders gegebenes Gesetz, wie doch niemand behaupten kann, so würde dennoch schon hier aus dem Grunde nichts darauf ankommen, weil der Gesetzgeber in den neuern Gesetzen dieses Mandat mit erwähnet und seine Absicht, es erläutern zu wollen, zu erkennen gegeben hat. Daher ist auch das von dem Herrn Urthelsverfasser aufgestellte Axiom um so weniger

wahr,

wahr, weil nicht einmal ein jedes Gesetz, welches von einem besondern Gegenstand spricht, schon darum für ein besonderes Gesetz gehalten werden kann m). Ohne Zweifel muß man auf den im Gesetz liegenden Satz und sein Verhältniß zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen sehen. Findet man dabey, daß das in demselben liegende Princip nichts weiter ist, als eine Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze auf einen einzelnen Fall; so ist in der That das Gesetz kein besonderes, und jenes Axiom kann nicht eintreten. Nur dann also, wenn man deutlich siehet, daß der Gesetzgeber nicht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sondern nach einem ganz eigenen Princip einen Fall hat bestimmen wollen, kann man dergleichen Gesetz als ein besonderes betrachten und jenes Axiom anwenden. Und doch leidet auch hier dasselbe eine Ausnahme, wenn der Gesetzgeber in dem neuen allgemeinen Gesetz den Willen, von jenem Princip auszugehen, auf irgend eine Art zu erkennen gegeben hat. Daß nun aber der Gesetzgeber bey jenem Mandat kein eigenes Princip, sondern die Grundsätze des Macedonianischen Rathschlusses vor Augen gehabt und bey den neuern Gesetzen die Mißverständnisse über Ausdrücke desselben, gleichwie sonstige Mißbräuche zu vermeiden gesucht habe, ergiebt sich aus dem Vorhergehenden. Ganz unrichtig ist 3) die Absicht des Gesetzgebers dargestellt, wenn der Herr Urthelsverfasser sagt, daß diese bey jenem Mandat keine andere gewesen wäre, als die, daß zwar die Studirenden beym Schuldenmachen den

Wuche-

m) Nic. Thadd. Gönner in den juristischen Abhandlungen Th. 1. N. 7. S. 126.

Wucherern nicht in die Hände fallen, aber solche, die bereits die academischen Jahre zurückgelegt und sich einer bestimmten Wissenschaft gewidmet, auch solche auszuüben angefangen hätten, nicht unter dem Vorwande, als gehörten sie noch zu den Studirenden, Gelegenheit bekommen sollten, ihre Gläubiger durch Ausstellung der Wechselbriefe zu hintergehen. Da der Gesetzgeber im Eingange desselben sich über die Veranlassung dazu so ausdrückt: — es wäre ihm von den Ständen vorgestellt worden, wie daß die Studenten auf beyden Universitäten, Leipzig und Wittenberg, Wechselbriefe von sich stellten und wider sie, bey deren nicht erfolgter richtiger Zahlung, nach der Schärfe des Wechselrechts verfahren werden müsse, selbige nicht nur an Besuchung der Collegiorum und Fortsetzung der Studien merklich gehindert, sondern auch sogar die unschuldigen Eltern durch Bezahlung dergleichen unbilliger Wechselschulden, fast beschweret worden, sonderlich da zum öftern ein und andere dem Wucher ergebene, oder sonst gewinnsüchtige Leute, die studirende Jugend, zu Aufnehmung unnöthigen Geldes und Erhandlung allerhand vertheuerter Waaren oder auf andere Maaße verleitet, und denselben durch ihren Vorschub, zu mancherley Ueppigkeit und Verschwendung, gegen ausgestellte Wechselbriefe Anlaß gegeben, auch hernach, wenn die Wechselverfallzeit nicht inne gehalten werden kann, noch dazu große wucherliche Zinsen und Discretionen stipuliret und entrichtet worden, man auch zu erfahren gehabt, daß viele andere,

nicht

nicht studirende, oder auf Universitäten sich befindende, jedoch annoch unter der väterlichen Gewalt stehende Leute dadurch ebenmäßig verführet und daher wohl ganzen Familien großer Schade und Nachtheil zugezogen worden; Als haben Wir nach reifer Ueberlegung der Sache für gut befunden, vermittelst dieses Unsers ins Land zu publiciren anbefohlnen Mandats, ernst und nachdrücklich zu verordnen und kund zu machen: daß — —; so sollte ich denken, daß der Gesetzgeber hierdurch seinen Zweck so zu erkennen gegeben hätte, daß man keinen Mißgriff hierüber thun könnte. Er wollte in Hinsicht auf die Studenten alle die angezeigten Uebel heben, und in Rücksicht anderer, die nicht studiren, aber sich doch noch unter väterlicher Gewalt befinden, ihre Verführung und zugleich den Nachtheil, welcher dadurch ihren Familien verursacht werden könnte, vermeiden. Dafür zu sorgen, daß die Wechselgläubiger nicht hintergangen würden, lag schlechterdings nicht in dem Plane des Gesetzgebers, weil er nicht wollte, daß von solchen Personen Wechselbriefe ausgestellet werden sollten; und hierzu hatte er Grund genug. Ueberhaupt läßt sich aber auch nicht begreifen, wie diejenigen, welche bereits die academischen Jahre zurückgelegt und sich einer bestimmten Wissenschaft gewidmet, auch solche auszuüben angefangen haben, sollen vorwenden können, daß sie noch zu den Studirenden gehörten und also noch die Rechte der Studenten hätten. Eines Gesetzes, um einen solchen Vorwand zu vernichten, bedurfte es wahrhaftig nicht. — Hiernach also konnte gegen den mehr-

 erwähn-

erwähnten Doctor, der noch unter väterlicher Gewalt stand, weil niemand behauptete, daß er eigenes zu seiner freyen Disposition stehendes Vermögen habe, sondern er lediglich aus dem Grunde, weil er bey dem Stadtrathe zu Leipzig eine Defension gefertiget hatte und von demselben in einer Erbschaftssache zum Verlassenschaftsvertreter bestellet worden war, von seinen Wechselgläubigern für wechselfähig erkläret wurde, nach Wechselrecht nicht verfahren werden n). Offenbar wollte man hier das Wechselrecht zu einem Mittel brauchen, seine Eltern zur Mitleidenheit zu ziehen, also zu einer Absicht, welche die angeführten Gesetze rechtlich nicht realisirt wissen wollen und daher verwerfen. Die Leipziger Academie schlug daher mit Recht die gesuchten Wechselexecutionen ab, die Juristenfacultät daselbst und die vorher gedachte irrten aber bey den Erkenntnissen, in welchen sie auf ein Wechselverfahren gegen ihn erkanuten.

No. V.

n) Meiner Meinung sind auch Siegel in der Einleitung zum Wechselrechte Kap. 2. §. 3. S. 47 der Schottischen Ausgabe, Püttmann in den Grundsätzen des Wechselrechts §. 31. S. 35. Rößler in dem angeführten Handbuche des Wechselrechts Kap. 4. S. 52. §. 22. Schott in den Anmerkungen zu Siegels Wechselgläubiger §. 88.

No. V.

Beytrag zu der Lehre, daß ein Stammgut in einem zweifelhaften Falle nicht für ein gemeinschaftliches, sondern für ein Linienstammgut zu halten sey.

Erster Abschnitt.

Vortrag eines Rechtsfalls.

§. 1.

Im Jahre 1660 kaufte Johann von Hochheim a) das Mannlehngut Riedelsdorf b) mit dessen Zubehörungen von dem Lieutenant, Johann Thüring, und wurde auch damit von den höchsten Behörden, von welchen dasselbe relevirte, beliehen. Hierauf entschloß

sich

a) An der Angabe des wahren Namens kann nichts gelegen seyn.

b) Dieses Mannlehnrittergut, dessen wahrer Name ebenfalls nicht angegeben worden ist, geht, wie auch aus dem Reverse erhellet, zum Theil bey dem Lehnhofe zu D., zum Theil bey dem Lehnhofe zu Z. zu Lehn.

sich der neue Adquirent, gedachter Johann von Hochheim, seinen Bruder, Joh. Theodor von Hochheim, auf Sch., und dessen fünf noch unmündige Söhne gegen einen, von ihm für sich und seine fünf Söhne zu Naumburg in dem Jahre 1661 ausgestellten, Revers in die Mitbelehnschaft an gedachtem Gute Riedelsdorf aufzunehmen. Dieser Revers lautet wörtlich so:

„Ich Johann Theodor von Hochheim, Erbgesessener auf Sch., vor mich und als natürlicher Vormund und Vater meiner fünf Söhne als u. s. f. „und unserer Nachkommen urkunde und bekenne Kraft „dieses: Demnach Herr Johann von Hochheim, Erbsaß „auf Riedelsdorf, welches zum Theil unter Ihro Churfürstliche Durchlaucht zu Sachsen, zum Theil unter „Ihrer Hochfürstlichen Durchlaucht Herzog Moritzens, „Jurisdiction gelegen und denen zur Lehn gehöret, von „dem Lieutenant, Johann Thüring, erkauft, und sich „erkläret, mich zugleich neben meinen fünf Söhnen „an die gesammte Hand zu bringen, doch anders nicht, „als daß ich ihm für mich und als natürlichen Vormund und Vater meiner fünf Söhne, weil sie noch „klein und unmündig seyn, Revers und Schein ausfertigen möchte, wie es auf einen und den andern „Fall gehalten werden soll, und ich und meine fünf „Söhne für uns und unsere männliche Leibes- und „Lehnserben verpflichtet seyn sollten und wollten; als „thue demnach ich für mich und meine fünf Söhne „und unsere Leibes-Lehnserben, reversiren und zusagen, „daß solche beredete Mitbelehnschaft an dem Rittergute Riedelsdorf und dessen Pertinentien unsern Herrn

Bru-

„Bruder und Vetter, Johann von Hochheim, als primo „adquirenti, zu keiner Ungelegenheit oder einiger Hin„derung von mir und meinen fünf Söhnen und un„sern Leibes-Lehnserben restringiret werden soll, sondern „es sollen und wollen ich und meine gemeldeten fünf „Söhne, jetzt, künftig und allemal insgesammt und „sonders mit unsern Nachkommen schuldig und ver„bunden seyn, daferne es Herrn Johann von Hoch„heim, oder seinen Leibes-Lehnserben gelegen seyn „würde, das Rittergut Riedelsdorf und dessen Behö„rung, ganz oder stückweise zu verpfänden, auch ganz, „oder zum Theil zu veräußern und zu verkaufen, oder „etwas darauf zu legiren, daran mit meinen und mei„ner fünf Söhne, oder unserer nachkommenden Leibes„Lehnserben ihm und seinen Leibes-Lehnserben Consense „im geringsten nicht hindern, sondern ich will für mich „und als natürlicher Vormund und Vater meiner Söhne, „sowohl unserer nachkommenden Leibes-Lehnserben, was „er oder seine nachkommenden Leibes-Lehnserben thun „oder vornehmen werden, hiermit kräftiglich in jedes „und alles gewilliget und consentiret haben, und sollen „unser lieber Bruder und Vetter, Johann von Hoch„heim und seine Leibes-Lehnserben nicht schuldig seyn, „was ihnen in Ansehung dieser Mitbelehnschaft beliebet, „unsern Consens zu haben, weil ich als natürlicher „Vater und Vormund meiner fünf Söhne und unserer „nachkommenden Leibes-Lehnserben allen Wohlthaten „und Rechtsregeln, wie sie auch genannt werden, hier„mit gänzlich und wissenschaftlich verziehen haben will „und wollen, auch daferne Herr Johann von Hochheim

„oder seine Leibes-Lehnserben unsern oder unserer „Nachkommen Consens zu allem Ueberfluß haben woll„ten, soll ihnen von uns auf ihr bloßes Andeuten „unverzüglich solcher ausgeantwortet werden. Da sich „aber zwischen mir und meinen fünf Söhnen ereignete, „daß das Gut durch einen Lehnsfall zufiele und er es „nicht jemand legirte, hat er sich also erkläret, daß „erstlich ich als Vater mich des Gutes bis meine fünf „Söhne mündig und verheyrathet, anmaßen, und sodann, „wenn sie mündig, soll darum geloset werden. Es soll „auch mit diesem Lehn also gehalten werden, daß „allezeit der Besitzer die Hochheimischen in gesammter „Hand und Lehn behält, damit also dieses Lehn auf „sie gestammet und fortgeflanzet werden möchte; dann „alles für ein unwiederrufliches pactum c) unter uns „Mitbelehnten von nun an und allezeit stehen und „bleiben soll. Und so einer oder der andere im ge„ringsten etwas gegen diesen Revers handelte, oder „darüber disputirte, und diesem allen treulich nicht „nachkäme, der soll vermöge dieses Reverses und Ver„bündnisses nun und zu ewigen Zeiten nichts an dieser „Mitbelehnschaft zu suchen haben, sondern davon aus„geschlossen seyn.“ —

§. 2.

Nach der Aushändigung dieses Reverses erfolgte von Seiten des neuen Adquirenten, Johanns von Hochheim; die Präsentation seines Bruders, Johann Theodor von Hochheim und seiner fünf unmündigen

Söhne

c) In der That ein sonderbarer Vertrag.

Söhne zu Mitbelehnten an dem schon gedachten Mannlehnrittergute Riedelsdorf und es wurde auch hierauf demselben die Mitbelehnschaft daran im Jahre 1664 bekennet. Hierbey suchten zwar die Descendenten sich zu erhalten, jedoch steht hiervon nur noch ein Enkel desselben d), nemlich der Hauptmann Heinrich Gottlob von Hochheim, dessen Vater, Adam Friedrich, ausdrücklich auf jenen Revers verwiesen worden ist, in dieser Mitbelehnschaft. Soviel dagegen die von dem neuen Adquirenten, Johann von Hochheim, gestiftete Familienlinie anlanget, so erhielt vermöge der von ihm gemachten testamentarischen Disposition sein jüngster Sohn, Christoph Heinrich, das Gut Riedelsdorf und der älteste, Georg Christoph, die Mitbelehnschaft daran. Nach und nach aber starb diese Linie bis auf den gegenwärtigen Besitzer, Hanns Heinrich Gottlob von Hochheim aus, welcher, da er auch keine Descendenz hat, das Mannlehngut Riedelsdorf an einen Fremden verkaufte, ohne den Consens des aus der andern Familienlinie noch vorhandenen Mitbelehnten, des Hauptmanns, Heinrich Gottlob von Hochheim zu verlangen. Dieser verkennet nun auch nicht ganz, daß er als bloßer Mitbelehnter betrachtet, vermöge jenes von seinem Vorfahren, Johann Theodor von Hochheim ausgestellten Reverses den Kauf nicht anfechten könne; glaubt aber doch aus dem Grunde hierzu berechtiget zu seyn, weil der Bruder seines nur erwähnten Vorfahren, Johann von Hochheim, in jener schon bemerkten testamentarischen

d) Dieser Enkel hat einige Söhne und stand daher die Lehn auf mehrern Augen.

schen Disposition mit der Lehnqualität des Rittermann-guts Riedelsdorf die Fideicommiß- und Stammlehn-gutseigenschaft verbunden und dadurch die durch Revers eingeschränkten mitlehnschaftlichen Verhältnisse ganz anders gestellet habe. Es wird daher nöthig, auf dieses Testament zurückzugehen und alles dasjenige bemerklich zu machen, was auch nur dem Schein nach eine Beziehung auf die vorgebliche Veränderung dieser Verhältnisse haben kann.

§. 3.

Im Jahre 1711 wurde dieses Testament von Johann von Hochheim gemacht, bey seinen Gerichten zu Riedelsdorf, ohne Erwähnung, daß dasselbe nach seinem Ableben auch seinen Vettern, den Descendenten seines Bruders, Johann Theodors von Hochheim, bekannt gemacht werden sollte, niedergelegt, und von diesen, nach erfolgtem Eintritte des Todesfalls, an das höhere Gericht, mit der über die Niederlegung gefertigten Registratur eingeschickt, von diesem aber dasselbe den Nachkommen des Testirers unter abschriftlicher Zufertigung eröffnet. Die in jener Absicht zu bemerkenden Stellen desselben sind folgende:

„1) und ich dahero, kraft dieses, meines letzten „Willens mein Haus also, wie ich erachte, daß nicht „allein meiner Kinder Wohlfahrt dadurch befördert, „sondern auch künftig meine Familie conserviret und „propagiret werden möge, zu bestellen entschlossen, wobey „ich sofort zum Fundamente voraussetze, daß mir sowohl „über mein Allodial- und Erbvermögen, als auch über meine

„meine Lehngüter sowohl respectu meiner Kinder, als „Vater, als auch resp. meiner künftigen Lehnsfolger, „daher zu disponiren freystehet, weil ich meine Lehn„güter allerseits von neuem adquiriret, hierüber auch, „soviel das Gut Riedelsdorf mit den Zubehörungen be„trifft, ich meinen Bruder Johann Theodor von Hoch„heim vor sich und seine männliche Descendenten in die „Mitbelehnschaft aufgenommen habe, und dieser zum „Ueberflusse in seinem mir ausgestellten Reverse mir „hierunter auf Lebens- und Sterbensfälle freye Macht „und Gewalt gelassen; als habe ich solchen meinen letz„ten Willen u. s. f. Hiernächst

„2) mein zeitliches Vermögen betreffend, weil, „wie schon obgedacht, hierbey mein Hauptabsehen auf „künftige Erhaltung und Fortpflanzung meiner Familie, „sonderlich männlichen Geschlechts abzielet und aber „ich solche meine gute Intention durch Auf- und „Einrichtung eines Familien- Stamm- und Haupt„guts am nähesten zu erreichen, versichert bin; als will „ich zuvörderst, kraft dieses, für mich und meine „jetzigen und künftigen Allodial- und Lehnerben, „Mitbelehnte und Lehnfolger, mein Gut Riedels„dorf, also, wie dasselbe zu allen Zeiten so lange es „bey meiner männlichen Familie verbleibet, perpe„tuirlich und unzertheilt bestehen soll, zu meinem „Familien- und Stammgute hiermit fundiret, con„stituiret und folgendergestalt eingerichtet haben; nem„lich es soll a) nicht allein darzu gehören das Ritter„gut Riedelsdorf, sondern auch u. s. f. nichts überall „davon ausgeschlossen, also, daß hiervon, solange dieses

Gut

„Gut ein Familien- und Stammgut bleiben wird, „durch künftige possessores aus meiner Familie „nichts verkauft, vertauscht, verschenkt oder ver- „alienirt werden, vielmehr, wenn dergleichen ge- „schähe, solche Alienation ipso iure et facto für „null und nichtig zu halten seyn soll, weil ich auch „b) bey Formirung und Einrichtung dieses Familien- „und Stammgutes überleget, daß, wenn solches ein „oder der andere Lehnsfolger so leer und ohne Inven- „tarium bekommen sollte, derselbe sich gleich Anfangs „wehe und Schaden thun könnte, als will ich zu „diesem Stammgute folgendes Inventarium geschlagen „haben, also, daß jeder künftiger Lehnsfolger aus „meiner Familie solches zugleich mit dem Gute be- „kommen soll, nemlich u. s. f. Nachdem auch c) die „Erfahrung lehret, daß, wenn Besitzere ihre Eheweiber „auf ein größeres, als das Gut erträgt, in Ehegeldern ꝛc. „versichern, dieselben hierdurch, sowohl als auch durch „deren Eheweiber sogenannte weibliche Gerechtigkeiten ꝛc. „die Güter dermaßen beschweret werden, daß deswegen „viele Söhne und Lehnssuccessoren solche Güter zu be- „haupten nicht im Stande sind, als disponire ich kraft „dieses, daß hinkünftig meine Söhne und noch viel- „weniger andere Lehnsfolger mit mehr als ein Tau- „send Gulden Ehegeld und Paraphernalien und ein „Tausend Gülden Gegenvermächtniß solches Gut keines- „weges beschweren, wohl aber sollen ermeldete meine „Söhne und andere Lehnssuccessoren, damit sie an „guten Heyrathen nicht gehindert werden, allenfalls „von ihrer Weiber Vermögen entweder Lehnschulden,

die

„die sonst schon auf diesem Gute haften, davon bezahlen „und dieselben an solche Stellen versichern oder aber „auch neue Grundstücke anschaffen und selbige darauf „versichern; dergleichen sollen auch ermeldete meine „Söhne und Lehnsfolger ihre Ehestiftungen und an„dere Verträge mit ihren Eheweibern präcise dahin „einzurichten verbunden seyn, daß nach ihrem der Ehe„männer Absterben, sie, die Eheweiber, als Wittiben, „diejenigen Geradestücken, die sonsten darzu gehören „und andern dergleichen Gerechtigkeiten zu fordern „nicht berechtiget seyn sollen rc., dahingegen der fol„gende Lehnssuccessor, es seyn nun meine Söhne, „oder ein künftiger Geschlechtssuccessor jedesmal des „verstorbenen possessoris Wittwe dreyhundert Gülden „an Gelde überhaupt zu entrichten schuldig und sie „dagegen das Gut zu räumen verbunden seyn. Weiter „d) die künftigen Successionsfälle bey diesem Stamm„gute Riedelsdorf betreffend, soll dabey observirt wer„den, daß der neue Besitzer solches alles in der Qua„lität mit den Grundstücken und dem inuentario be„komme, wie ich solches oben eingerichtet, folglich sollen „auch in specie die dazugeschlagene Erb- und Allodial„stücke, in Qualität, als Feudalstücke, solange, als dieses „Stammgut bey meiner Familie männlichen Ge„schlechts verbleibet, dabey gehalten und nicht separiret, „am wenigsten von den Landerben unter der Qualität „und Titel als Erbstücke prätendiret und gesuchet „werden. Hiernächst soll e) auf den Fall, wenn zwey „oder mehrere Mitbelehnte auf einmal zur Succession „kommen, das Pretium dieses Gutes jedesmal höher

und

„und auch geringer nicht, als funfzehntausend Gülden
„gesetzt und solches f) für dieses pretium allemal
„demjenigen Bruder, welcher in der Ordnung der an-
„dere seyn wird, dafür eigenthümlich zugeschlagen
„werden, und zwar damit inskünftige kein Disputat
„entstehen möchte, welchen ich für den andern in mei-
„ner Disposition halte, so erkläre ich mich hierunter
„also, daß, wenn der Verstorbene drey oder mehrere
„Söhne hinterließe und der älteste, als der erste noch
„am Leben wäre, der darauf folgende, so noch lebet,
„ob er gleich der Geburt nach nicht der andere, für
„den andern gehalten werden, also auch, wenn der
„ältere verstorben, der andere, dritte, vierte und sofort
„aber noch am Leben wäre, so bleibet solcher älteste,
„der unter ihnen noch lebet, der andere. Ferner
„g) den Pflichtheil, Elocation und Alimentation, die
„des verstorbenen Besitzers Töchter etwa aus diesem
„Familiengute prätendiren möchten, betreffend, so soll
„dabey die Zahl der Töchter als auch das Vermögen
„am Erbe folgendergestalt considerirer werden u. s. f.
„Es soll auch keiner von den Successoren neue Mit-
„belehnte, die nicht aus meiner Familie männlichen
„Geschlechts seyn, mit an und in die Mitbelehnschaft
„zu nehmen Macht haben, es wäre denn, daß die Fa-
„milie männlichen Geschlechts bis auf zwey Personen
„ausgestorben, welchen Falls der erstere von diesen
„zweyen, oder wenn er es auch nicht gethan hätte,
„doch wenigstens der letztere befugt, ja möglichst besorgt
„seyn soll, die Mitbelehnschaft an seiner Töchter Kin-
„der oder andere Personen männlichen Geschlechts,

welche

„welche aus meiner Familie herstammen, zu bringen, „jedoch so, daß dieselben ehe nicht, als bis meine Fa„milie männlichen Geschlechts völlig ausgestorben, zur „wirklichen Succession gelangen können; so soll auch „1) auf den Fall, wenn ein, oder der andere Besitzer „dieses Stammgutes dasselbe bey seinem Leben zu ver„äußern gemeinet seyn solle, einem jeden von den Mit„belehnten nach der Ordnung ihrer hier fundirten Suc„cession der Vorkauf um den oben determinirten Preiß „der funfzehn Tausend Gülden zustehen. Hiernächst

„3) so will ich, was mein von Gott mir be„schertes gesammtes Vermögen betrifft, hierzu meine „drey leiblichen Kinder, namentlich u. s. f. zu meinen „einzigen und wahren Universalerben hiermit eingesetzt „haben, jedoch also, nämlich a) zuvörderst das Gut „Riedelsdorf betreffend, und zwar, wie ich es zu ei„nem Familien-Lehn-Haupt- und Stammgut erhoben „habe, mit allen u. s. f. soll mein jüngster Sohn, „Christoph Heinrich von Hochheim für sich und seine „Lehns- und resp. Landerben haben, als welches ich „ihm hiermit um vorermeldeten Preiß der 15000 Gül„den vermache u. s. f. Sodann b) mein anderes Gut „Dornheim betreffend, wie ich solches erkaufet, will ich „hiermit meinem geliebtesten ältesten Sohne, Georg Chri„stoph von Hochheim um und vor 14000 Gülden hier„mit ebenfalls zugeschlagen haben. Und ob ich zwar „auch dieses Gut auf die Art, als wie beym Gute Rie„delsdorf geschehen, einzuschränken nicht gemeinet, viel„mehr solches als ein ander Lehngut insgemein verblei„bet, so soll es doch auch bey diesem Gute, solange es

mei-

„meines ältesten Sohnes Leibeserben besitzen, in dem „Stück der nicht Beschwerung desselben, so wie oben „ausdrücklich disponiret worden, gehalten werden. „c) Constituire ich, kraft dieses, meinen beyden Söhnen „und deren männlichen Leibes-Lehnserben an beyden „Gütern reciproce die Mitbelehnschaft. Ferner d) „meine Tochter betreffend, so vermache ich derselben „folgendes: — ihren Kindern aber setze ich 2000 „Gülden aus. Diese 2000 Gülden sollen, wenn sie „vor ihrer Mutter ohne Descendenz versterben, an diese „fallen, und, wenn sie ohne Descendenz nach ihrer „Mutter mit Tode abgehen, auf meine Familie männ„lichen und weiblichen Geschlechts und zwar auf die„jenigen, welche meiner Tochter am nächsten mit Blut„freundschaft verwandt sind, fallen. Und wie ich end„lich schließlich meine Kinder alle drey versichern kann, „daß ich diesen meinen letzten Willen mit öfterer reif„licher Erwägung auch gutem Bedacht, also, wie er „hier befindlich, ein- und besonders meine Hauptabsicht „dahin gerichtet habe, daß beydes meine Familie con„serviret und fortgepflanzet werde, als auch meinen „Kindern dasjenige, was ich durch den Segen Gottes „erworben, zu Nutz kommen, sowohl nach meinem Tode „Einigkeit unter ihnen erhalten werden möge, also ver„sehe ich mich auch zu denselben insgesammt und zu „jedem hinwieder insbesondere, daß dieselben meine große „Mühe und Sorge, die ich bey Erwerbung solches Ver„mögens angewendet, kindlich consideriren und jedes „mit dem, was es bekommt, zufrieden seyn, auch sich „unter einander gut vertragen werden, wie ich ihnen

denn

„denn solchenfalls den reichen Segen Gottes wünsche „und versichern kann, dahingegen sie, wenn sie deswegen „in Streite und Prozesse gerathen sollten, den Unsegen „Gottes sich zuziehen würden, auch will ich solchenfalls „denjenigen, der diesen meinen letzten Willen entweder „überhaupt, oder auch nur einen oder den andern Punkt „desselben impugniren möchte, hiermit bis auf den „Pflichttheil enterbt haben. Ueberdies habe ich auch „zu meinen Aller- und gnädigsten Landes- und Lehns„herren die aller- und unterthänigste Zuversicht, Die„selben werden, sonderlich in Erwägung, daß ich die „Lehngüter durch meine Disposition nicht deterioriret, „vielmehr melioriret, hierüber auch, wie im Eingange „bereits gedacht, ich dieselben sammt und sonders aus „meinem Vermögen von neuem adquiriret, auch zum „Ueberfluß meines Bruders, als des ersten und Haupt„mitbelehnten und also der übrigen Mitbelehnten Stamm„vaters, Consens, nach Belieben zu disponiren zum „Fundament habe, diesen meinen letzten Willen sich „gefallen lassen, und daher, wo es nöthig seyn sollte, „Dero Aller- und gnädigste Consense darein zu erthei„len, auch das unter den Meinigen und künftigen „Lehns- und Allodialerben, Successoren und Mitbe„lehnten, denenselben in allen Puncten feste nachgelebet „werde, darüber aller- und gnädigst halten, wie ich „denn solchergestalt diesen letzten Willen beschließe und „haben will, daß solcher, wo nicht als ein solennes „Testament, dennoch als ein Codicill, Disposition, Di„vision unter Kindern, Fideicommiß und anderer „schlechter Wille bestehen und gelten soll, sogar, daß,

wenn

„wenn auch etwa einige von meinen Kindern annoch „bey meinem Leben unter sich, wie sie es nach meinem „Tode halten wollten, Abrede getroffen hätten, dennoch „mein letzter Wille dadurch nicht abgeändert werden „soll. Urkundlich u. s. f.

§. 4.

Dieses ist das Testament, worauf der Hauptmann, Heinrich Gottlob von Hochheim, in der bemerkten Absicht sich berufet, und entstehet nun die Frage: ob derselbe den gedachten Verkauf des Gutes Riedelsdorf anfechten und auf dem rechtlichen Wege ein günstiges Urtheil erwarten könne? — Die Gründe, welche derselbe für die Meinung, daß diese Frage für ihn, mithin bejahend, zu beantworten sey, anführet, werde ich in dem folgenden Abschnitt vortragen e); in dem dritten Abschnitte aber zeigen, daß dieselbe wider ihn, mithin verneinend zu beantworten sey.

Zwey-

e) Sie sind aus einem responso, das er sich hat ertheilen lassen, genommen.

Zweyter Abschnitt.

Gründe, welche für die bejahende Beantwortung der aufgeworfenen Frage von dem Hauptmann, Heinrich Gottlob von Hochheim angeführet werden.

§. 1.

Erster Grund.

Ich bin, sagt derselbe,

1) ein Descendent vom Bruder des Testators und Stammgutsstifters, zugleich aber auch der einzige noch vorhandene Mitbelehnte, an dem Mannlehngute Riedelsdorf, mithin kann mir das durch die Mitbelehnschaft daran erhaltene Recht um so weniger entzogen werden, da bekanntermaßen jeder von einer Familie gleich von der Geburt an ein Recht, welches ihm ohne seine Einwilligung nicht entzogen werden kann, auf teutsche Familien- und Stammgüter, wozu der Testator jenes Gut in seinem Testamente eingerichtet hat, erlangt f), und nur diejenigen, welche vom Geschlechte des Besitzers und gleiches Namens und Stammes sind, auch einerley Schild und Helm führen, darin zu succediren ein Recht haben g), und daher alle Veräußerungen solcher Güter an solche, welche nicht zur Familie gehören, der-

f) Kraitmayr ad Cod. Bauar. part. 3. p. 697.

g) Knipschild de fideicomm. familiar. illust. c. 9. n. 104. Sammlung merkwürdiger am Reichskammergericht entschiedener Rechtsfälle Th. 3. S. 7. Cramer in Wetzlarischen Nebenstunden Th. 28. S. 2.

M

dergleichen der neue Erwerber des Gutes Riedelsdorf ist, für null und nichtig h), gleichwie auch alle testamentarische Dispositionen darüber für ungültig zu achten sind i).

§. 2.

Zweyter Grund.

Verschiedene Rechtsgelehrte, führt er

2) an, machen zwar einen Unterschied unter Stamm- und Fideicommißgute k); indem sie unter den erstern diejenigen unbeweglichen Güter verstehen, welche zwar von dem ersten Erwerber durch Erbrecht und Ausschluß der Frauenzimmer auf die männlichen Familienglieder gebracht worden sind, dessen ungeachtet aber von jedem Besitzer ohne Hinderniß veräußert werden können und unter den letztern solche begreifen, die durch Hausgesetze zum Besten der Familienglieder ausdrücklich für unveräußerlich erkläret worden sind; allein eines Theiles muß man diesen Unterschied, wenn die Hausgesetze nicht ein anderes verordnen, für ungegründet halten l), und andern Theiles kommt bey dem gegenwärtigen Falle auf diesen Unterschied nichts an, weil das erwähnte Testament

h) Cramer a. a. O. S. 3.

i) Heineccius de testamentifact. iure germ. arct. limit. circumsc. §. 24.

k) Knipschild de fideicomm. c. 1. n. 14. Stryk de success. ab intest. diss. 7. c. 1. §. 10 etc. Richter in tentam. theor. de fideicomm. famil. illustr. p. 119.

l) Posse Prüfung des Unterschieds zwischen Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung S. 50.

ment ein Hausgesetz der Unveräußerlichkeit enthält, das Gut Riedelsdorf zu einem Familien- und Stammgut errichtet und sogar auf den Fall der Alienation desselben an ein Familienglied dem nächsten Lehnsfolger das Vorkaufsrecht ausdrücklich ertheilt worden ist. Schon in dem Römischen Rechte ist einem Testirer nachgelassen, mit der Stamm- oder Fideicommißguts-Qualität alle seine Besitzungen zu belegen m), und es findet, wenn auch einem Dritten ein gewisses Recht auf einen Gegenstand des Nachlasses zukommt, welches von der Beschaffenheit ist, daß dereinst derselbe das Eigenthum davon an sich bringen kann, dennoch kein Bedenken, daß nicht der dermalige Eigenthümer die Verordnung machen könnte: es solle ein solcher Gegenstand so lange bey der Familie bleiben, als das Recht des Dritten nicht wirksam seyn werde. Daher ist auch außer Zweifel ein Lehnmann eine testamentarische Disposition zu machen vermögend, als ein Lehn selbst zu einem Fideicommiß- oder Stammgut gemacht werden kann n). Und obwohl die eigentlichen Stamm- und Geschlechtsgüter eine Erfindung unserer Vorfahren sind und sie selbige in der Absicht eingeführet haben, damit desto füglicher die alten teutschen Rechtsprincipien in der Erbfolge beybehalten würden, in den ältern Zeiten aber, ja sogar noch zu der Zeit, als der Sachsenspiegel errichtet worden ist, man von den Testamenten noch nichts ge-

m) L. 114. §. 4 D. de legat. 1.

n) Rosenthal de Feud. c. 7. concl. 11. n. 20. Schrader de Feudis p. 1. c. 5. n. 44. Peregrinus de fideicommiss. art. 6. n. 118. Hellfeld in element. iur. feud. c. 10. §. 378.

gewußt hat, indem vielmehr dasjenige, was in dem Sachsenspiegel o) und dem Sächsischen Weichbilde p) enthalten, dem Gebrauche der Testamente zuwider ist; so darf man doch nicht glauben, daß Fideicommisse dieser Art durch Testamente nicht eingeführet werden könnten, sondern ordentliche Verträge wesentlich erfordereten. Denn eines Theils hat Pabst Gregor XI. die geäußerten Gesinnungen des Verfassers des Sachsenspiegels gemißbilliget und durch seine Mißbilligung, welche die Einführung des Römischen Rechts in der Folge begünstiget, Anlaß gegeben, daß die testamentarischen Dispositionen in der Folge eingeführet worden, und andern Theils zeigen unzählige Beyspiele unter erlauchten sowohl, als andern Personen, daß zu allen Zeiten auch durch Testamente dergleichen Fideicommisse angeordnet werden können, und sie, wenn die Erben die Testamente anerkannt haben, so gültig sind, als wenn sie durch feyerliche Verträge eingeführet worden. Daher gehen auch viele soweit, daß sie die Frage: ob es besser sey, ein Fideicommiß mittelst eines letzten Willens oder Vertrags zu errichten? aufgeworfen und die Errichtung eines letzten Willens angerathen haben. Uebrigens braucht ein Testament als Testament niemals einer Bestätigung, das besagte aber bedurfte dergleichen um so weniger, da die dem Mannlehngute Riedelsdorf beygelegte Fideicommiß- und Stammgutseigenschaft den Lehnsherrlichen Rechten nicht nachtheilig war.

§. 3.

o) B. 1. Art. 52.
p) Art. 65.

§. 3.

Dritter Grund.

Unter einer solchen Voraussetzung, fährt derselbe fort, kommt es besonders

3) darauf an, ob der Testirer bey der Einrichtung des Mannlehnguts Riedelsdorf zu einem Familiengute sich solcher Ausdrücke bedienet hat, welche auf die Idee eines gesammten, oder gemeinschaftlichen Familiengutes, mithin darauf führen, daß er allen Familien- und Namensvettern und besonders den männlichen Descendenten seines in die Mitbelehnschaft aufgenommenen Bruders, mithin auch mir, als einem männlichen Descendenten des letztern und noch vorhandenen einzigen Mitbelehnten, ein Recht dieses Mannlehnrittergut für ein Familien- und Stammgut zu halten, habe ertheilen wollen? Daß dieses anzunehmen sey, beweisen verschiedene Stellen jenes Testaments. So sagt a) der Testator im Eingange desselben, daß ihm sowohl über seine Allodial- als auch über sein Feudalvermögen, sowohl in Ansehung seiner Kinder als Vater, als auch in Rücksicht seiner künftigen Lehnsfolger daher eine freye Disposition zustehe, weil er seine Lehngüter allerseits von neuem aus seinem Vermögen adquiriret, hierüber, soviel das Gut Riedelsdorf betreffe, er seinen Lehnsfolger, Johann Theodor von Hochheim, als seinen Bruder, vor sich und dessen männliche Descendenz in die Mitbelehnschaft mit aufgenommen, dieser auch zum Ueberflusse in seinem ausgestellten Reverse ihm hierunter zu disponiren, freye Macht und Gewalt gelassen habe,

drückt

drückt sich auch b) in dem 11ten Paragraphen des Testaments bey der Stammgutsstiftung so aus: als will ich zuvörderst, kraft dieses, für mich und meine jetzigen und künftigen Allodial- und Landerben, Mitbelehnte und Lehnfolger mein Gut Riedelsdorf zu einem Familien- und Hauptstammgute hiermit fundiret haben, und spricht c) an mehrern Orten unbestimmt von Mitbelehnten, Lehnsfolgern und Geschlechtssuccessoren. Daher läßt sich auch erklären, warum Johann Theodor von Hochheim in jenem Reverse für sich und seine Nachkommen hat versprechen müssen, daß der jedesmalige Besitzer die von Hochheim in gesammter Hand und Lehn behalten solle, damit dieses Lehngut auf sie gestammet und fortgeflanzet werde. Man siehet hieraus, daß Johann von Hochheim von der Idee ein Stammgut für das Geschlecht von Hochheim zu stiften, welche er in seinem Testament ausführte, schon damals belebt gewesen ist, als er sich den Revers hat ausstellen lassen.

§. 4.

Vierter Grund.

Dieser Idee eines gemeinschaftlichen Familienguts sucht endlich

4) der gedachte Hauptmann von Hochheim noch durch folgende Behauptung eine gewisse Consistenz zu verschaffen: a) daß dergleichen Fideicommisse schon aus bloßen Muthmassungen gefolgert werden könnten q)

b) daß

q) Ludwig tom. I. Consil. Hallens. p. 735 et tom. II. pag. 228. Leyser Specim. 362. medit. 2 et spec. 400. coroll. 1.

b) daß, um die durch Anwendung der fremden Rechte auf ursprünglich teutsche Geschäfte und Institute, dergleichen die Errichtung der Stamm- und Familiengüter wären, entstandene Irrlehren zu vermeiden, bey zweifelhaften Fällen die Entscheidungen über dergleichen Stammgüter nicht aus dem römischen, sondern aus dem teutschen Rechte genommen werden müßten r) und daß daher

c) bey solchen Familienordnungen das bey den römischen Fideicommissen gewöhnliche Axioma: dieselben wegen ihrer in den Rechten verhaßten Natur einschränkend auszulegen, keine Anwendung fände, vielmehr solche nach der in Teutschland heilig beobachteten Absicht, die Geschlechter bey gutem Wohlstande zu erhalten und in zweifelhaften Fällen nach der auf Erhaltung des Stammes und Namens gerichteten Absicht beurtheilet und dabey eher eine Begünstigung, als ein Rechtshaß gezeigt werden müßte s), in welcher Rücksicht auch d) unter den Söhnen, deren bey Anordnung eines Fideicommisses gedacht worden, die Enkel, Urenkel und fernere männliche Nachkommen des Stifters selbst in den teutschen Gesetzen verstanden würden t).

Drit-

r) Boehmer in exercit. ad Pandect. tom. II. p. 407. Estor de natura bonor. auit. c. 2 et 3. Cramer in den Nebenstunden Th. 28. S. 2. J. J. Reinhardt in den jurist. hist. Ausführungen B. 2. S. 407.

s) Cramer in obseruat. tom. II. obs. 771. p. 485. Ludwig lib. cit. tom. I. p. 694.

t) Mantica de coniecturis vltim. volunt. Lib. VIII. tit. II. n. 21. et tit. XII. n. 37. Knipschild l. c. c. 7. n. 117 seq. et c. 8. n. 107. Ludwig tom. II. consil. Hallens. p. 1245. Pütter in Rechtsfällen B. 1. resp. 99. S. 823.

Dritter Abschnitt.

Gründe für die verneinende Beantwortung der aufgeworfenen Frage.

§. 1.

Erster Grund.

Der Hauptmann von Hochheim irrt nicht, wenn er glaubt, daß es bey jener Frage vorzüglich darauf ankomme, ob der Stammgutsstifter, Johann von Hochheim ein gesammtes, gemeinschaftliches Stammgut für das ganze von Hochheimische Haus, oder nur ein Linien-Stammgut für seine Descendenten angeordnet habe u). Auch scheinen die Gründe, welche er für seine Meinung anführet, besonders die Stellen des Testaments, worauf er sich berufet, wenn man sie so isolirt betrachtet, wie er sie darstellt, von Bedeutung zu

u) Es ist bekannt, daß die Einführung des römischen Rechts Anlaß gegeben hat, die altväterlichen, oder Stammgüter Fideicommisse zu nennen. Io. Wilh. Ferd. Brandt de natura bon. auit. c. 3. §. 58. Pütter de iure adspir. ad fideicomm. fam. c. 2. §. 8. Bern. Gottl. Huld. Hellfeld de fideicomm. fam. illustri, eorumque, si alienata sunt, reuocatione, c. 1. §. 15. Conr. Kephalides de alienat. fideicomm. fam. (Erlangae 1794) §. 6. Friedrich von Lochner Untersuchung der Frage: Kann eine mit Einwilligung aller Interessenten geschehene Veräußerung eines Stammguts von den nachher gebornen Kindern wiederrufen werden? (Bamberg 1785) §. 5. S. 16. Ioh. Fr. Iunge capita nonnulla doctrinae de mutatione fideicommiss. familiae (Altorf. et Norimb. 1798) §. 6. Daher kam es, daß der Testirer im Testamente sich des Ausdrucks: Fideicommiß- und Stammgut, bediente.

zu seyn; allein bey einer genauern Erwägung der Sache und bey einem tiefern Blick in den Geist des Testaments verschwindet auch sogar dieser Schein und stellt sich die Absicht des Stifters, nur für seine männlichen Descendenten dem Mannlehngut Riedelsdorf die Stammgutseigenschaft beylegen zu wollen, als nicht zweifelhaft dar. Ich glaube mit allem Rechte mich zum Beweise dieser Behauptung und daß jene Frage zu verneinen sey.

1) Auf die Art und Weise beziehen zu können, wie der Testator die Absicht seines letzten Willens und seiner Stiftung im allgemeinen zu erkennen giebt. So sagt er gleich im Eingange des Testaments, daß er sein Haus so, wie er erachte, daß nicht allein seiner Kinder Wohlfahrt befördert, sondern auch dadurch künftig seine Familie conserviret und propagiret werde, zu bestellen sich entschlossen habe, und wiederholt dieses nicht nur in dem 11ten Paragraphen desselben, welcher die Stiftung enthält, mit den Worten, daß seine Absicht auf künftige Erhaltung und Fortpflanzung seiner Familie, sonderlich männlichen Geschlechts gerichtet sey, sondern giebt auch noch am Schlusse seines letzten Willens seinen **Kindern** die Versicherung, daß er bey seinem letzten Willen sein Hauptabsehen dahin gerichtet habe, daß beydes seine Familie fortgepflanzet und erhalten, als auch seinen Kindern dasjenige, was er durch Gottes Segen erworben, zum Nutzen kommen sollte. Auf solche Weise giebt der Testirer seine Absicht zu erkennen, ohne zu erwähnen, daß er etwas zum Vortheile seiner Seitenverwandten verordnen, oder das er-

langte

Reversrecht einschränken wolle, ohne zu erwähnen, daß ihnen sein letzter Wille bekannt gemacht werden solle, und ohne sie zur genauen Befolgung seiner Anordnungen aufzufordern, da doch sein letzter Wille eine solche Aufforderung seiner Descendenten enthält.

§. 2.

Zweyter Grund.

Mit der Art und Weise, wie der Testirer jene Absicht zu erkennen gegeben hat, stimmt auch

2) die Anordnung des Mannlehnguts Riedelsdorf zu einem Stamm- oder Familiengute, oder die Stammgutsstiftung selbst, welche der 2te Paragraph des Testaments enthält, vollkommen überein. Auch diese läßt sich mit der Idee eines gemeinschaftlichen Stammguts nicht vereinigen. Nachdem er die Absicht der Erhaltung und Fortpflanzung seiner Familie zu erkennen gegeben hat, so fährt er so fort: und ich solche meine gute Intention durch Auf- und Einrichtung eines Familien- Stamm- und Hauptgutes zu erreichen versichert bin, als will ich, Kraft dieses, mein Gut Riedelsdorf so, wie dasselbe zu allen Zeiten, so lange es bey meiner Familie männlichen Geschlechts verbleibet, zu meinem Familien- und Hauptstammgute hiermit fundiret, constituiret und dergestalt eingerichtet haben, nemlich es soll nicht allein dazu gehören das Rittergut Riedelsdorf an und für sich u. s. f. nichts davon ausgeschlossen, also, daß von diesen vorher beschriebenen

Grundstücken, Pertinentien und Gerechtigkeiten nichts, als ermeldetes Brandstädlein, so lange dieses Gut ein Familien- und Stammgut bleibt, durch künftige possessores aus meiner Familie verkauft, verschenkt, vertestirt oder sonst veralienirt werden soll. Der Testirer hat also der Meinung vieler Rechtslehrer, welche zu jedem Familienfideicommisse ein ausdrückliches Verbot, die Güter nicht aus der Familie zu veräußern, erfordern x), weil die ganze Absicht der Stammgüter teutscher Art y) dahin gerichtet sey, das Ansehen der Familie durch Conservation der Güter bey derselben, zu erhalten, diese aber ohne Veräußerungsverbot der Güter aus der Familie nicht erreicht werden könnte z), ein Genüge zu leisten gesucht, obwohl an sich keinem gegründeten Zweifel unterworfen seyn dürfte, daß ein Stammgutsstifter auch auf andere Art, als durch ein ausdrückliches Veräußerungsverbot seinen Willen, ein Stamm- oder Familiengut stiften zu wollen, zu erkennen geben könne a).

Von

x) Lauterbach in colleg. Pandectarum lib. 36. tit. 1. §. 6. Stryk de success. ab intestato class. 8. c. 9. §. 7 seq. Selchow in den neuen Rechtsfällen, B. 3. S. 163 u. a. m.

y) Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß der Testirer ein Fideicommißgut dieser und nicht römischer Art habe anordnen wollen.

z) Fr. Ludw. Comes de Oettingen da fideicommiss. c. 3. §. 12 seq. p. 189.

a) Gail lib. 2. obs. 148. Stryk lib. cit. diss. VII. c. 2. §. 16. Boehmer in consult. tom. 1. part. II. resp. 45. n. 61 und Pütter in den Rechtsfällen B. 2. resp. 218. S. 632. n. 24 u. 26. Genug, daß der Stifter sich solcher Ausdrücke bedient hat, die zu einem richtigen Schlusse auf ein Veräußerungsverbot führen.

Von Bedeutung ist aber hierbey, daß der Testator mit der Erklärung das Mannlehnrittergut Riedelsdorf für ein Stammgut auf gleiche Art und Weise das Verbot der Aeußerung verbindet. Er fundirt dasselbe so lange zu einem Familien- und Stammgute, als es bey seiner Familie männlichen Geschlechts b) verbleibet, verbietet aber auch den künftigen Besitzern seiner Familie die Veräußerung desselben aus der Familie nur so lange, als es ein Stamm- und Familiengut verbleibet.

§. 3.

b) Da der Testator am Schlusse des 11ten Paragraphen des Testaments so disponirt: es soll keiner von den Successoren neue Mitbelehnten, die nicht aus meiner Familie männlichen Geschlechts seyn, mit in die Mitbelehnschaft zu nehmen Macht haben, es wäre denn, daß die Familie männlichen Geschlechts bis auf zwey Personen ausgestorben, welchen Falls der erstere von diesen zweyen, oder wenn er es auch nicht gethan hätte, doch wenigstens der letztere befugt und möglichst bedacht seyn soll, die Mitbelehnschaft an seiner Tochter Kinder, oder andere Personen männlichen Geschlechts, welche aus meiner Familie herstammen, zu bringen, jedoch so, daß dieselben eher nicht, als bis m e i n e F a m i l i e m ä n n l i c h e n G e s c h l e c h t s völlig ausgestorben, zur Succession gelangen können, —— derselbe aber das Gut Riedelsdorf nur so lange, als es bey seiner Familie männlichen Geschlechts verbleiben würde, zu einem Familien- oder Stammgute hat fundiren wollen; so würde, nach seiner über die Stammgutsdauer erklärten Absicht, dieses Gut, wenn jener Fall hätte eintreten können, und eingetreten wäre, in der Eigenschaft eines Familien- und Stammgutes an einen solchen Mitbelehnten nicht haben kommen können. Vielmehr würde letzterer dasselbe, wenn es ihm angefallen wäre, als ein Mannlehngut ohne Fideicommißeigenschaft mit dem erwähnten Reversrechte gegen die Mitbelehnten aus der Seitenlinie des Stifters besessen habe

§. 3.

Umständlichere Ausführung des ersten und zweyten Grundes.

Daß der Testirer nach jener zu erkennen gegebenen Absicht und nach der Stammgutfundation selbst nur für seine männlichen Descendenten, mithin ein Linienstammgut habe anordnen wollen, beweiset a) der Gebrauch des possessorischen Pronomens, mein, wodurch etwas, das mir zugehöret, in mir gegründet ist, bezeichnet wird, und welches daher dem Worte, wobey es gebraucht wird, eine genauere Bestimmung giebt, die bey dem Worte, Familie, um so gewisser den Gedanken, daß der Redende nur seine Descendenten verstehe, erwecken muß, da nach teutschem Sinne Familie diejenigen bezeichnet, welche von dem ersten Erwerber in einer ununterbrochenen Reihe legitim abstammen c). Aus diesem Grunde haben sogar b) diejenigen Rechtsgelehrten, welche, wenn ein Fideicommiß für die Familie gestiftet worden ist, auch den Seitenverwandten ein Successionsrecht verstatten, kein Bedenken getragen, mit den Worten: Haus, mein Haus, meine Familie, einen solchen bestimmten Begriff in der Lehre von Stamm- und Familiengütern zu verbinden, und daß dieses die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten sey, zu

c) Koch über die Ascendentensuccession in Familienfideicommissen und Lehen S. 1 u. f., von Lochner in der angef. Schrift S. 11.

zu behaupten d). Hierzu kommt aber auch noch c) die durchaus geflissentlich gebrauchte und wiederholte Bestimmung: mein Haus, meine Familie, mein Familien- und Stammgut. Hätte der Testirer sich nur ein- oder einigemal des possessorischen Pronomens bedient, und nicht zugleich von seinem Hause und Stamme gesprochen; so ließe sich allenfalls denken, daß er durch Beysetzung desselben den Worten: Familie, Familiengut, Stammgut, eine genauere Bestimmung nicht habe geben wollen. Allein dies ist der Fall hier nicht, indem derselbe nicht nur bey allen Stellen, welche über die Anordnung dieses Stammguts sprechen, sondern auch bey andern dasselbe gebraucht, und nur bey einigen, nicht geradezu die Anordnung des Stammgutes betreffenden, Dispositionen es weggelassen hat. Auch muß man d) billig erwägen, daß die ebenfalls geflissentliche Wiederholung der Ausdrücke: so lange dieses Stammgut bey meiner Familie bleibt, so lange es bey meiner Familie männlichen Geschlechts verbleibet, zu meinem Familien- und Stammgut, um so gewisser auf jene erklärende Bestimmung führen, da sie, wenn das Gut Riedelsdorf ein Gesammtfamiliengut hätte seyn sollen, ganz offenbar überflüssig und ohne allen Nutzen seyn würden. Verbindet man nun folgends hiermit die Consideration, e) daß der Testator der Worte: meine Familie, bey solchen Stellen des Testaments sich be-

d) Menoch Consil. 233. n. 14 et num. seq. besonders num. 17. Rautenstrauch resp. 57. n. 1. 7 seq. vol. 1. Fusarius de fideicomm. substit. quaest. 351. 360. 361 et 362. Berger in oecon. iuris lib. 2. tit. 4. §. 32. not. 4.

bedienet, welche schlechterdings nicht von seinen Seitenverwandten verstanden werden können, und man gleichwohl nicht annehmen kann, daß er verschiedene Begriffe und Bedeutungen damit verbunden habe; so läßt sich nicht einmal eine Zweydeutigkeit der Worte, mithin auch kein Zweifel darüber, daß er lediglich für seine Descendenten ein Fideicommißgut habe fundiren wollen, denken e). Im 3ten Paragraphen des Testaments setzt der Testator sub d) den Kindern seiner Tochter ein Legat von 2000 Gulden aus und verordnet darneben, daß auf einen gewissen Fall das Legat auf seine Familie männlichen und weiblichen Geschlechts und zwar auf diejenigen, welche seiner verstorbenen Tochter am nächsten mit Blutsfreundschaft verwandt seyn würden, fallen sollte; wer sollte nun wohl behaupten, daß hier der Testator unter seiner Familie auch seine Seitenverwandten verstanden habe? Hieher gehöret auch die bey dem vorigen Paragraphen in der letzten Note angeführte Stelle, welche über die Präsentation der von seinen weiblichen Descendenten abstammenden Mannspersonen zur Mitbelehnschaft spricht. Wollte man annehmen, daß der Testator bey dieser Stelle mit dem Worte, Familie, auch seine Seitenverwandten habe bezeichnen wollen, so würde folgen, daß der letzte Besitzer unter den Seitenverwandten den männlichen Descendenten seiner Töchter, mit Uebergehung der von den

e) Si in verbis nulla est ambignitas; non admitti debet voluntatis quaestio L. 25. §. 1 D. de legat. 3. L. 131 §. 2 in fine D. de verbor. obligation, L. 69. pr. D. de legat. 3. Leyser specim. 404. medit. 1. Becmanni in cons. et decis. part. 11. pag. 479.

den weiblichen Descendenten des Testators abstammen, den männlichen Nachkommen, das Gut Riedelsdorf hätte zuwenden können, und gleichwohl die Behauptung, daß der Testator mehr für die männlichen Nachkommen der weiblichen Seitenverwandten, als für die männlichen der eigenen weiblichen Descendenten habe sorgen wollen, bey dem Abgange deutlicher und unumwundener Dispositionen und bey der am Schlusse des Testaments im 11ten Paragraphen allen drey Kindern gegebenen Versicherung, daß er sein Hauptabsehen dahin gerichtet habe, sowohl seine Familie, sonderlich männlichen Geschlechts, zu conserviren und fortzupflanzen, als auch seinen Kindern dasjenige, was er erworben zum Nutzen kommen zu lassen, ungereimt seyn f). Muß man also hier annehmen, daß der Testator die von seinen weiblichen Descendenten abstammenden Mannspersonen verstanden habe, so kann auch hiermit das, was über die von dem Testator selbst eingeschränkte Dauer dieser Stammgutseigenschaft auf die Existenz seiner männlichen Descendenten in dem 2ten Paragraphen und in der letzten Note dazu gesagt worden ist, um so mehr in Verbindung gesetzt werden, da ein Stammgut, Familiengut alter deutscher Art, dessen besondere Qualität nicht schon die weiblichen Descendenten und deren Nachkommen ausschloß, nicht eher, als nach gänzlich erloschenem Mannsstamme, auf die Weibspersonen in jener Eigenschaft

f) Omnis vero interpretatio ita fieri debet, vt euitetur absurditas. Horn de interpret. iurid. c. 2. §. 16. not. 6. Leyser specim. 404. medit. 8.

schaft fiel g), sodann aber, ein eigentliches teutsches Stamm- oder Familiengut zu seyn aufhörte, weil eines Theils die Verbindlichkeit zu Kriegsdiensten eine Grundmaxime war, nach welcher man die Erbfolge in liegende Güter beurtheilte h), andern Theils man auch annahm, daß eine Familie, ein Stamm, nur durch das männliche Geschlecht fortgepflanzt würde, mithin die Weibspersonen, welche dazu bestimmt sind, sich in andere Familien zu verheyrathen und deren Namen anzunehmen, bey allen ältern, besonders kriegerischen Völkerschaften, selbst bey den Römern nicht für einen Theil der Familie hielte i).

§. 4.

g) Knipschild loc. cit. c. 16. n. 17. Gundling de renunt. heredit. fam. illustr. c. 1. §. 12. Hahn de exclus. fem. illustr. ab allod. c. 2. §. 7. Gottl. Aug. Ienich pag. 414. tom. III. thes. iuris feud. Brandt diss. cit. c. 11. §. 33. Ge. Sam. Madihn in diss. de efficacia pacti fam. illustr. agnato remotiori ius succed. tribuentis §. 8 et 9. Westphal im teutschen und Reichsständischen Privatrechte Th. 2. Abth. 57. §. 3. S. 324. Pütter in Rechtsfällen B. 1. resp. 13. n. 28. S. 159. Runde im gemeinen teutschen Privatrecht §. 693. S. 585. Kephalides l. c. §. 7.

h) Lochner in der angef. Schrift S. 10. Danz im Handbuche des teutschen Privatrecht Th. 7. S. 297.

i) Hugo de fundam. success. ab intest. apud romanos §. 6 seq. Bode in tract. de success. gentilitia §. 3. Posse in der Schrift: Prüfung des Unterschieds zwischen Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung S. 30.

§. 4.

Dritter Grund.

3) Läßt sich auch noch aus andern Stellen des Testaments diese Absicht des Testators entnehmen. Wäre derselbe gesonnen gewesen, dem Mannlehngute Riedelsdorf auch in Ansehung seiner Seitenverwandten eine Stammgutseigenschaft beyzulegen, so würde er doch wohl gewiß bey der im 11ten Paragraphen des Testaments enthaltenen Stammgutsanordnung in Gemäsheit der anzunehmenden Verschiedenheit der Grade der Liebe und Zuneigung gegen seine Descendenten und Seitenverwandten zuweilen einen Unterschied unter den Nachfolgern in diesem Gut gemacht haben, und gleichwohl hat er dieses nicht gethan. Merkwürdig ist in dieser Hinsicht die in gedachtem Paragraphen unter dem Buchstaben d) vorkommende Disposition, mit welcher die vorhergehenden unter b) und c) zu verbinden sind. Hier sagt derselbe so: weiter die künftigen Successionsfälle bey diesem Stammgute betreffend, soll darbey observirt werden, daß der neue Besitzer solches allezeit in der Qualität mit den Grundstücken und inventario bekomme, wie ich solches unter b) und c) eingerichtet und fundiret habe, folglich sollen auch in specie die dazu geschlagenen Allodialstücke in Qualität der Feudalstücke, so lange dieses Gut bey meiner Familie derer von Hochheim männlichen Geschlechts bleibt, gehalten und nicht separiret, am wenigsten von den Landerben unter der Qualität und Titel als Erbstücke prätendiret und gesucht werden. Wer sollte nun aber wohl behaupten,

haupten, daß der Testator eine solche die Absonderung der Allodialstücke und des inventarii von dem Gute verbietende Verordnung würde gemacht haben, wenn sein Wille gewesen wäre, demselben auch in Ansehung seiner Seitenverwandten eine Stammgutseigenschaft beyzulegen? Nicht nur würde der Testator, wenn man dieses annehmen wollte, in dem Lichte eines Billigkeit und natürliche Liebe gegen seine Descendenten verleugnenden Mannes erscheinen, sondern sich auch als ein Sonderling unter den Stammgutsstiftern darstellen, man kann ihm aber um so weniger solche Prädicate beylegen, da er in dem Testamente Beweise des Gegentheils und seinen Kindern sogar die Versicherung giebt, daß er bey seiner Stammgutsanordnung nur auf die Erhaltung und den Wohlstand seiner besonders männlichen Familie gesehen habe; mithin derselbe auch auf seine weiblichen Descendenten, wie sich zugleich aus andern Stellen des Testaments ergiebt, wenigstens einige Rücksicht genommen hat. Auch dürfte er ohne Zweifel, wenn bey der Stammgutsanordnung seine Absicht zugleich auf seine Seitenverwandten gerichtet gewesen wäre, unter den Wittwen und Eheweibern seiner Nachkommen und seiner Seitenverwandten einen Unterschied gemacht und für die erstern besser gesorgt haben, als für die letztern; gleichwohl aber kommt dergleichen Unterschied in der Disposition unter c) des 11ten Paragraphen, welcher von den Eheweibern und Wittwen spricht, nicht vor. Eben so wenig kann ich hierbey unerwähnt lassen, daß der Testator am Schlusse des Testaments seinen Bruder für den ersten und einzigen Hauptmitbelehnten und für

der übrigen Mitbelehnten, mithin seiner eigenen Descendenten Stammvater erkläret. Denn, wenn ich meinen Bruder für den Stammvater seiner Descendenten erkläre, und zugleich von meinem Stamm und meinem Stammgut rede; so muß ich doch wohl unter den letztern Ausdrücken meiner Descendenten und ein Stammgut, das für meine Descendenten bestimmt ist, verstehen. Endlich müssen auch noch sonst Eingang und Schluß des Testaments eine Empfänglichkeit für die Wahrheit der behaupteten Absicht wirken. Hier redet derselbe nicht zu seinen Seitenverwandten, sondern zu seinen Kindern, giebt ihnen die auf Erhaltung seiner Familie gerichtete Absicht zu erkennen, ermahnet sie zur Einigkeit, warnet sie vor dem Einfalle, das Testament anfechten zu wollen, erwartet von ihnen die Befolgung desselben und setzt hierbey lediglich beyläufig voraus, daß in Hinsicht auf den ausgestellten Revers von seinem Bruder und dessen Descendenten wider seinen Willen etwas nicht eingewandt werden könne, ohne zu erwähnen, daß er zu ihrem Vortheil etwas verordnet habe.

§. 5.

Vierter Grund.

Den angeführten Gründen kann

4) billig ein aus der Natur der Stammgüter genommener an die Seite gesetzet werden. Man mag die Vermuthung für die Vermehrung des Ansehens der Familie sowohl bey dem hohen als niedern Adel so hochhalten, als man will, so überwindet sie dennoch

die

die weit gewissere und natürliche Vorliebe für eigene Nachkommenschaft nicht, und es läßt sich nicht wohl denken, daß jemand die Bedürfnisse seiner Nachkommen dem Wohlleben seiner Seitenverwandten aufopfern sollte, die weit weniger Glanz auf sein Grab werfen, als der Wohlstand der erstern k). Dergleichen vernünftige Gesinnungen, welche auch die alten teutschen belebten, erzeugten gar bald den Grundsatz, daß ein jeder durch erworbene Güter den Glanz und Wohlstand seiner Familie zu vergrößern suche und daher kein Nachkomme, wenn der erste Erwerber nicht selbst darüber geordnet habe, dasjenige, was er in solcher Absicht in den Erbgang gebracht, zu beschweren und zu veräußern befugt sey, sondern dasselbe den übrigen und zwar aus den angeführten Gründen vorzugsweise männlichen Nachkommen hinterlassen müsse. Auf diese Art entstanden die sogenannten altväterlichen, oder Stammgüter, auf welche daher ihrer Natur nach nur diejenigen Anspruch machen konnten, welche ihre Familienrechte von der Abstammung vom ersten Erwerber herzuleiten l), und auf eine sammteigenthümliche Beschaffenheit derselben sich zu gründen m) im Stande waren.

Diese

k) Posse über den Unterschied der Reichsständischen Staats- und Privatverlassenschaft S. 43.

l) Io. Aug. Hellfeld de restricta illustrium facultate, maxime quoad allodia auita; Ienae 1747. Io. Car. Henr. Dreyer in diss de restricta facultate bona hereditaria alienandi ad heredit. bona mobilia non pertinente, Kil. 1750. Pütter in iure principum priuato lib. 1. c. 1. §. 12. und in den Rechtsfällen B. 1. resp. XI. Iunge cit. l. §. 4 und Posse a. a. O. S. 42.

m) Danz a. dem angef. Orte.

Diese Grundsätze erhielten sich auch im Mittelalter. Zwar thaten in der Folge die Rechtsgelehrten, welche nur römische Rechtsgrundsätze beherzigen wollten, alles, den Begriff vom Eigenthum mit seinen Wirkungen geltend zu machen; allein zum Glück fand man einen Ausweg, das römische Recht dadurch mit dem einheimischen zu vereinbaren, daß man die Idee, welche ersteres mit den Fideicommissen verbindet, auf jene Stammgüter anwandte n) und sie bey ihrer alten Unveräußerlichkeit durch Hausverträge, Testamente und Herkommen erhielte o), wodurch man den Nachkommen die Beobachtung jener Grundsätze bey solchen altväterlichen, oder Stammgütern, welche man nunmehro auch, wie schon gedacht worden ist, Familienfideicommisse nannte, einschärfte. Ob man nun wohl in den neuern Zeiten weder bey dem hohen, noch bey dem niedern Adel eine Stammgutseigenschaft vermuthen will, sondern einen Beweiß aus Verträgen, Testamenten, oder Familienobservanzen erfordert p); so hat sich dennoch die Natur solcher Güter, sie mögen Stamm- oder Familien- oder Familienstammgüter genannt werden, nicht verändert, sondern man versteht noch immer diejenigen darunter, welche ein Besitzer mit der in Verträgen, Testamenten oder einer Familienobservanz enthaltenen Vorschrift hinter-

n) Freylich ist aber auch nicht zu verkennen und bekannt, daß dadurch zugleich mancherley irrige Meinungen erzeugt worden sind.

o) Boehmer de fundamento pactorum famil. ad fideicommissa inclinantium, c. 2. Pütter in cit. diss. de iure feminar. adspirandi etc. c. 2.

p) Moser von den Reichsständischen Landen S. 219 und Runde in der angef. Schrift §. 694.

hinterläßt, daß sie zur Erhaltung und Vermehrung des Ansehens der Familie, die der Erwerber durch seine Descendenten gestiftet hat, bey derselben bleiben und vorzugsweise diejenigen bekommen sollen, durch welche die Familie erhalten wird q). Es bleibt daher gewiß, daß auch schon die Natur solcher Stammgüter mit sich bringt, dabey auf die Descendenten des Stifters und nicht auf dessen Seitenverwandten zu sehen; es wäre denn, daß der Wille desselben, sie auch diesen zuwenden zu wollen, keinem Zweifel unterworfen wäre r). Da sich nun dieses von dem gegenwärtigen Falle gar nicht behaupten läßt, so wird der Schluß, daß der Testator dem angeordneten Stammgute Riedelsdorf keine von der Natur der Stammgüter insofern abweichende Eigenschaft habe beylegen wollen, um so bündiger seyn, als man eines

q) Lyncker de familiarum nobilium splendore, Ienae 1689. Kemmerich de institutis germanorum ad conseruationem familiarum spectantibus Ienae 1737. Strecker de splendore familiarum illustrium conseruando, Erfurt 1747. Heimburg differentiae iuris communis et germanici in doctrina de fideicommissis Ienae 1743. Runde in dem angef. teutschen Recht §. 693. Posse von Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung S. 30 u. f.

r) Colerus decis. 15. n. 10. Meuius consil. 92. n. 22. Puffendorf in obseruationibus tom. 3. obs. 16. Selchow in element. iuris germanici part. pesc. lib. 3. c. 2. tit. 2. §. 435. Lebethan von der Erbfolge Th. 1. Abh. 2. S. 344. Pütter in den Rechtsfällen B. 1. resp. XI. n. 5 et 10. S. 145 u. 146 und resp. 104. n. 19. S. 843. Posse über die Sonderung Reichsständischer Staats- und Privatverlassenschaft. Abh. 1. Abschn. 2. §. 17. S. 43. Iunge cit. diss. §. 4.

eines Theils bey zweifelhaften Fideicommißfällen überhaupt annehmen muß, daß der Stifter sich nach dem, was die nach der Beschaffenheit des Fideicommißguts hierbey anwendbaren Rechte enthalten s) und nach der Natur desselben habe richten wollen, und andern Theils der Testator, wenn die Absicht gewesen wäre, für beyde Familienzweige, nemlich für den seinigen und den seines Bruders ein Fideicommiß zu stiften, ohne Zweifel dafür würde gesorget haben, daß das brüderliche Gut auch wäre dagegen mit zu einem Gegenstande des Fideicommisses gemacht und also ein gemeinschaftliches Fideicommiß errichtet worden.

§. 6.

Fünfter Grund.

Kann man also

5) als erwiesen annehmen, daß der Testator nur für seine männlichen Descendenten ein Familien-Stammgut habe anordnen wollen und daß derselbe auch zu einer solchen Einschränkung auf seine Descendenten um so gewisser berechtiget gewesen sey, als er das Gut Riedelsdorf neuerlich erworben hatte, mithin nicht über ein schon vorhandenes altväterliches Gut eine Stiftung machte; so folgt auch, daß, da ein Fideicommiß nicht weiter, als nach der Absicht dessen, der es gestiftet hat, zu erstrecken ist, mithin dasselbe, wenn es nur auf gewisse Fälle und Personen gehet, mit denselben ein Ende nimmt, dergestalt, daß alsdann der letzte

s) Leyser specim. 404. medit. 6.

letzte Besitzer eines solchen Fideicommißguts freye Hände bekommt und darüber so frey, als es die sonstigen Eigenschaften desselben erlauben, zu disponiren berechtiget ist [t]), der besagte Verkauf des Guts Riedelsdorf von dem auch schon erwähnten Seitenverwandten, dem Hauptmann von Hochheim, unter dem Vorwande, daß es ein Familiengut sey, nicht angefochten werden kann. Eben so wenig ist aber auch derselbe als bloßer Mitbelehnter hierzu berechtigt, indem ihm als solchem, der angezeigte, von seinem Stammvater ausgestellte Revers ohne Zweifel und um so gewisser entgegenstehet, als erstens alle Verträge, der Regel nach, ihre Wirkung nach dem Tode der Paciscenten unter ihren Erben äußern, weil nicht zu vermuthen ist, daß dieselben lediglich sich Vortheile dadurch haben verschaffen wollen [u]) und daher auch diese Wirkung statt finden und bey vorhandenem Zweifel vermuthet werden muß, wenn sogar der Erben keiner Erwähnung geschehen ist [x]), zweytens wenn sie in Ansehung einer Sache eingegangen werden, mithin soge-

t) Knipschild cit. lib. c. 8. n. 284 seq. c. 16. n. 240. Stryk de cautelis testamentorum capit. 21. §. 23. Willenberg de iure vltimi suae gentis, vom Recht des letzten Stammhalters §. 7. Boehmer tom. 2. p. 2. resp. 836. n. 12 seq. p. 109. Cramer in den wetzlarischen Nebenstunden Th. 59. S. 128. Pütter in den Rechtsfällen B. 1. resp. 12. n. 25. 26 et 27. S. 51.

u) L. 40 D. de pactis. L. 9 D. de probat. Wernher tom. I. p. 5. obs. 183. Madihn in princip. iur. rom. part. I. p. 118.

x) L. 7. §. 8 D. de pactis, L. 13. Cod. de contrahenda et committenda stipulat. Mencken in Systemate iur. ciu. p. 62. Leyser vol. I. spec. 41. med. 1.

sogenannte dingliche Verträge sind, das Recht daraus selbst auf die besondern Nachfolger übergeht y), und drittens der Vater dieses Seitenverwandten auf diesen Revers ausdrücklich verwiesen worden ist. Wären aber noch weibliche Descendenten des Testators vorhanden und das Gut Riedelsdorf kein Mannlehn, sondern ein Allodial- oder doch ein solches Lehngut, in welchem sie ohne ihr Recht durch die Mitbelehnschaft erhalten zu haben, succediren könnten, z. B. ein ganz freyes Erblehn; so dürfte es scheinen, daß diese den Verkauf des Gutes anzufechten berechtiget wären. Der verstorbene Herr Professor Westphal drückt sich hierüber bey Fideicommissen, die ganz nach Grundsätzen des teutschen Rechts beurtheilet werden müssen, so aus z): die Analogie der Lehen dient hier wieder zur Regel. Diese hören nicht auf solche zu seyn, wenn sie auch auf die Spillmagen fallen, sondern es bleibt auch bey dieser die vorige eingeschränkte Succession ex pacto et providentia maiorum a). Die Spillmagenschaft ist auch des

y) Mencken loc. cit. et Hommel rhaps. quaest. obs. 237.

z) a. a. O. §. 10. S. 235.

a) Die Spillmagen succediren im Weiberlehen, weil sie ihrer besondern Natur nach auf diesen oder jenen Fall darin zu succediren ein Recht haben. Hat der Stifter eines Familienstammgutes ihnen auch ein Successionsrecht auf einen gewissen Fall geben wollen, so kann ihnen dieses nicht entzogen werden. Ist dieses der Fall nicht, so ist der Schluß vom Weiberlehen auf Stammgüter ohne allen rechtlichen Grund. Ueberhaupt aber setzt doch auch Westphal den Fall voraus, daß die Disposition des Stifters nicht deutlich die Einschränkung auf den Mannsstamm enthält.

des Geblüts vom Stifter. Seine vermuthliche Neigung erstreckt sich auch auf diese und es gereicht solchen zum Besten, daß die Güter beysammen erhalten werden. Warum sollte also die Verordnung nicht auch von ihr gelten? Der Herr Professor Posse aber b), welcher übrigens mit Recht, den aus der Analogie der Lehen hergenommenen Grund verwirft, sagt so: wenn man bey Fideicommissen, die ganz nach den Grundsätzen des teutschen Rechts beurtheilet werden müssen, erwägt, daß die Erwerber beabzweckten, ihre Errungenschaft für immer bey ihren Nachkommen zu erhalten; daß unter diesen die vom männlichen Geschlecht den Vorzug haben sollten, daß aber nach deren Erlöschen die weiblichen Descendenten diese Güter unter den nemlichen Bedingungen bekommen sollten und daß dieß alles ohne ausdrückliche Willenserklärung an sich Rechtens war; wenn man ferner bedenkt, daß die Fideicommisse dieses auf die Natur des hohen Adels gegründete Recht nur gegen unwissende Rechtsgelehrte sichern sollten: so würde man auch ohne von dem Weiberlehn ein Argument herzunehmen, zugeben können, daß solche Fideicommisse, die blos des Mannsstammes erwähnen, jenen mit der Unveräußerlichkeit so genau verknüpften Vorzug des männlichen Geschlechts bestätigen sollten. Die Stifter derselben setzten das Erbrecht der weiblichen Nachkommen nach dem Abgange der männlichen als unbestritten zum voraus und hielten eine besondere Bestätigung desselben um so weniger für nöthig, je größer der Eifer jener Rechtsgelehrten, für dessen Anwendung man dies Mittel ge-

b) Ueber Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung S. 68 u. f.

gebrauchte, das weibliche Geschlecht in Betreff des Erbrechts dem männlichen gleich zu machen. — Allein ich halte diese Meinung, wenn die Stiftung nicht ein bereits vorhandenes altväterliches, sondern ein erst von dem Stifter erworbenes Gut betrifft, und derselbe blos des Mannsstammes erwähnet, für gänzlich ungegründet. Denn ein solcher Stifter hatte noch mehr Gründe der weiblichen Descendenten in der Absicht, daß sie nach dem Abgange des Mannsstammes zur Succession sollten gelangen können, zu erwähnen, als zu sagen, daß zum Besten des Mannsstamms oder solange der männliche Stamm dauern würde, ein Gut ein Stamm- oder Familiengut seyn sollte. Erstens haben die weiblichen Descendenten noch kein Erbrecht auf ein solches Gut, mithin kann von Verletzung ihrer Rechte gar nicht die Rede seyn; zweytens wenn der Stifter ein Erbrecht der weiblichen Nachkommen nach dem Abgange der männlichen als unbestritten voraussetzen konnte, so konnte er doch in der That noch vielmehr das Stammgutsrecht seiner männlichen Descendenten als unbestritten voraussetzen und hatte daher gar nicht nöthig, ein Fideicommiß zu machen; drittens gieng der Eifer der gedachten Rechtsgelehrten nicht blos dahin, das weibliche Geschlecht in Rücksicht des Erbrechts dem männlichen gleich zu machen, sondern auch dem Besitzer eines altväterlichen Guts ein freyes Dispositionsrecht zu verschaffen, und war daher selbst bey Fideicommissen über solche Güter eben so nothwendig, um diesem Eifer entgegen zu arbeiten, der weiblichen Descendenten in Hinsicht auf ihr künftiges Erbrecht Erwähnung zu thun, als man in

der

der Absicht, daß ein männlicher Descendent den übrigen männlichen Descendenten durch seine Disposition über ein solches Gut nicht schaden sollte, die Bestimmung: zum Besten des Mannsstammes, solange der männliche Stamm dauert, bis zum Abgange des männlichen Stamms und dergleichen — für nöthig hielten, viertens bleibt es doch eine gewisse hierbey zu beherzigende Wahrheit, daß die alten Teutschen vorzüglich darauf bedacht gewesen sind, die altväterlichen Güter bey ihren männlichen Descendenten, auf welchen nur der Glanz und Wohlstand der Familie oder des Stamms beruhete, zu erhalten, und daß daher diese Güter, wenn sie an die weiblichen Descendenten kamen, nach dem teutschen Rechte als eigentliche Stamm- oder Familiengüter nicht mehr angesehen werden konnten; endlich fünftens haben die altväterlichen Güter in vielen Provinzen ihre Natur gänzlich verlohren und läßt sich daher in solchen nicht einmal eine Vermuthung denken, daß derjenige, welcher ein Stammgut unter einer solchen Bestimmung stiftet oder doch blos des Mannsstammes erwähnet, dabey an das ehemalige Erbrecht der Töchter gedacht habe. Hatte ein solcher Stifter also Gründe genug, des Erbrechts der weiblichen Descendenten zu erwähnen, und er that es dennoch nicht, sondern machte ohne eine solche Erwähnung, und sogar mit ausdrücklicher Einschränkung auf den Mannsstamm ein neuerworbenes Gut zu einem Stamm oder Familiengut; so kann man ohne seiner Stammgutsanordnung Gewalt anzuthun, nicht behaupten, daß er bey seiner Stiftung die Absicht gehabt habe, dasselbe nach

dem

dem Abgange des männlichen Geschlechts den weiblichen Descendenten unter den nemlichen Bedingungen zuwenden, mithin ein Fideicommiß zum Besten der Nachkommenschaft überhaupt stiften und daher dem letzten männlichen Besitzer das Dispositionsrecht entziehen zu wollen. Bey dem gegenwärtigen Fideicommisse ist dieses nun auch um so mehr außer allem Zweifel, weil Riedelsdorf ein Mannlehn ist, weil der Testator nicht nur sein Fideicommiß auf die männlichen Descendenten ausdrücklich einschränkt, und dieses Gut nicht mehr als ein Stamm- oder Fideicommißgut nach Abgang des Mannsstamms ansieht, sondern lediglich dem letzten Besitzer den Versuch die von weiblichen Descendenten abstammende Mannspersonen zur Mitbelehnschaft zu bringen, zur Pflicht macht, und weil in Sachsen zur Zeit dieser Stammgutserrichtung die altväterlichen Güter ihre Natur verlohren hatten [z]). Wären aber noch einige von weiblichen Descendenten abstammende Mannspersonen vorhanden gewesen, so würden diese in Gemäsheit des Testaments haben verlangen können, dem neuen Erwerber des Gutes Riedelsdorf ihre Präsentation zur Mitbelehnschaft zu einer Bedingung zu machen.

§. 7.

z) Carpzov p. II. Const. 31. def. 1. n. 8 und die daselbst angeführten Rechtsgelehrten. Kobe de pecunia mutuatitia tuto collocanda c. 5. §. 59. pag. 109 seq.

§. 7.

Antwort auf den ersten Grund für die Meinung des Hauptmanns von Hochheim.

Obwohl schon diese Ausführung eine hinlängliche Widerlegung der Meinung des Hauptmanns von Hochheim enthält, so wird doch eine kurze Darstellung, wie jeder seiner Gründe dadurch seine Erledigung erhält, nicht unnütz seyn.

ad 1) habe ich a) hinlänglich dargethan, daß wenn von Familien- und Stammgütern alter teutscher Art die Rede ist, unter Familie und des Stifters Descendenten, und zwar vorzüglich die männlichen verstanden werden und b) darneben gezeigt, daß, wenn diesfalls einiger Zweifel denkbar wäre, der Testator dennoch in seinem Testament nicht von der Hochheimischen Familie überhaupt, sondern von seiner Familie, Hause und Stamm rede und dabey zugleich noch die Absicht, lediglich zum Besten seiner männlichen Descendenten ein Stammgut anordnen, mithin das Wort, Familie, in der angenommenen Bedeutung brauchen zu wollen, auf mancherley Art und Weise zu erkennen gegeben habe. Von einem solchen Fall aber c) reden die angeführten Rechtsgelehrten nicht, sondern müssen insgesammt voraussetzen, daß das Familienglied, welchem sie ein Recht auf das Stammgut geben, zu der Familie gehöre, zu deren Besten die Stammgutsanordnung gemacht worden ist.

§. 8.

§. 8.

Antwort auf den zweyten Grund.

ad 2) habe ich gar nicht nöthig, die vorgetragenen Grundsätze zu bestreiten, sondern kann mich füglich mit einigen Erinnerungen darüber begnügen. Wenn man auch a) gar gerne zugiebt, daß ein Testator in seinem Testament ein Stammgut anordnen, mithin auch die Veräußerung eines solchen Guts darin untersagen könne; so läßt sich doch nach den bisherigen Ausführungen nicht behaupten, daß die über Unveräußerlichkeit des Guts Riedelsdorf sprechenden Stellen des Testaments dem Hauptmann von Hochheim als einem Seitenverwandten des Testators einigen Vortheil bringen könnten. Denn er ist nicht mit unter der Familie, zu deren Besten das Gut Riedelsdorf zu einem Stammgute angeordnet ist, begriffen, und gleichwohl können nur diejenigen das Gesetz der Unveräußerlichkeit für sich anführen, zu deren Bestem es gemacht worden ist. Wollte man daher auch annehmen, wie allerdings mit Recht geschiehet, daß die Erlaubniß zu einer Veräußerung jenes Guts, welche die Disposition unter dem Buchstaben i) im 11ten Paragraphen enthält, nur von dem Veräußerungsfalle an ein Mitglied der Familie verstanden werden müsse, so würde dennoch nicht einmal das darin festgesetzte Vorkaufsrecht dem Hauptmann von Hochheim als einem bloßen Seitenverwandten des Testators zu Statten kommen. Denn unter jener Voraussetzung sollte dergleichen nur den männlichen

Descen-

Descendenten des Testators gegeben werden und zwar, wie die Worte des Testaments besagen, nach der in demselben fundirten Ordnung. Kurz das Gesetz der Unveräußerlichkeit des Guts Riedelsdorf konnte nach der Natur der Stammgüter und nach der hiermit übereinstimmenden, auf eine unzweydeutige Art zu erkennen gegebenen Absicht des Testators nur zum Besten und zur Erhaltung seiner männlichen Descendenten abzwecken und das ertheilte Vorkaufsrecht sollte nur zur Erhaltung der in Ansehung seiner Descendenten fundirten Successionsordnung dienen. b) Bezweifle ich gar nicht, daß heutiges Tages ein Testament, worin ein Stammgut angeordnet worden ist, an sich keiner Bestätigung bedürfe, und daß dieses selbst alsdann, wenn der Gegenstand einer solchen Anordnung ein Lehngut ist, behauptet werden könne. Allein es treten hierbey verschiedene nicht unbedeutende Considerationen ein. In dem Mittelalter und nachher wurde oft die Frage: ob die Bestätigung eines letzten Willens bey einem in demselben errichteten Familienfideicommisse nöthig sey? um deswillen aufgeworfen und bejahet, weil man, da von demselben die Töchter und deren Nachkommen ohne Unterschied bis auf den ledigen Fall ausgeschlossen waren, dieselben auch wohl am Pflichttheile einen Verlust erlitten, solche Fideicommisse gegen alle Anfechtung sicher zu stellen suchte. Diese Vorsicht ist nun auch noch heut zu Tage sowohl bey solchen Gütern, in Absicht deren einem andern ein Obereigenthum zustehet, z. B. bey Lehen, alsdann zu beobachten, wenn durch die Fideicommißanordnung den Rechten desselben

präjudiciret werden soll d), mithin in einem solchen Fall dessen Einwilligung zu suchen e), als auch überhaupt in Acht zu nehmen, wenn die Landesgesetze die Einwilligung oder Bestätigung der Fideicommisse, oder doch einer gewissen Art derselben erfordern. An Gesetzen dieser Art fehlt es nun nicht f) und es ist sogar dergleichen in Chursachsen, worinn das Mannlehngut Riedelsdorf liegt, vorhanden. Denn in der erneuerten Prozeßordnung g) heißt es: Nachdem wir auch vermerket

d) Rosenthal de feudis c. 7. concl. 25. Gail lib. II. obs. 127. Knipschild lib. cit. c. 6. n. 243. Boehmer cons. et decis. tom. I. part. II. p. 301 seq.

e) Viele sagen so: die Bestätigung ist nöthig, wenn das Fideicommiß solche Güter, die der Fideicommittent nicht mit vollkommenem Eigenthum besitzt, zum Gegenstande hat, und die nunmehr beliebte Ordnung von derjenigen, welche eigentlich nach dem Willen des Obern Statt haben sollte, abweicht. Allein diese Meinung ist nicht bestimmt genug und so unbestimmt irrig. An sich ist die Bestätigung des Obern nicht nöthig, wenn die beliebte Ordnung nicht zum Nachtheil der ihm zustehenden Rechte gereicht. Ob bey einem Lehn nur der Erstgeborne oder der Senior succediret, oder die sonst gewöhnliche Successionsordnung statt findet, kann dem Lehnsherrn gleichviel seyn, genug, daß der Fideicommißordnung nach nur nicht solche das Lehn bekommen sollen, die nach der Investitur und sonstigen rechtlichen Bestimmung darinn nicht succediren können.

f) Boehmer Tom. II. P. III. Cons. 631. p. 442. Schröder Anmerkung über die Hinterpommerische Lehnsconstitution S. 311.

g) Tit. 45. §. 7. S. 66.

merket, daß aus den sogenannten Fideicommissen der Familie, wenn solche auf bloße Privatdispositionen, oder Verträge sich gründen, viele Irrungen und Weitläuftigkeiten, zu nicht geringem Nachtheile der Creditoren entstehen: so setzen, ordnen und wollen wir, daß in Zukunft dergleichen Fideicommisse, wofern selbige nicht bey Lehngütern von dem Lehnherrn, bey Erbstücken aber von dem Gerichtsherrn, damit sie zu Jedermanns Wissenschaft gelangen können, confirmiret und Consens darüber ertheilet worden, wider die creditores und possessores tertios von keiner Gültigkeit seyn sollen h). — Hieraus folgt also, daß wenn auch sogar das Gut Riedelsdorf als ein Stammgut für die Seitenverwandten des Stifters angesehen werden könnte, der Hauptmann von Hochheim dennoch nicht berechtigt seyn würde, den darüber bereits vollzogenen und vollbrachten Kauf anzufechten. Zwar dürfte derselbe einwenden, daß nach dem Eingange der Verordnung man hierbey blos auf die Gläubiger des Veräußerers Rücksicht genommen habe und daher wider einen Stammgutsinteressenten i) dieselbe nicht angeführet werden könne. Allein dieser Einwand erlediget sich sofort, wenn man erwäget, daß bekannten Rechten nach ein Gesetz, wenn es deutlich ist, nicht auf die Fälle eingeschränkt werden kann,

 welche

h) Es ist zu beklagen, daß auch sogar in den Gesetzen die Worte: Einwilligung und Bestätigung, mit einander verwechselt werden. Diese Verwechselung scheint nicht so nachtheilig zu seyn, als sie es in der That ihrer praktischen Folgen nach ist.

i) Dergleichen aber der Hauptmann von Hochheim nicht ist.

welche eine Veranlassung dazu gegeben haben, indem ein Gesetzgeber durch die Veranlassungsfälle nur Anleitung bekommt, über den Gegenstand eines Gesetzes nachzudenken und dasselbe nach den sich hierbey darstellenden Gründen abzufassen. Diese Beschaffenheit hat es mit jenem Gesetz. Nach dem Eingange desselben haben zwar Irrungen, welche zum Nachtheil der Gläubiger entstanden sind, Anlaß dazu gegeben, die deutlichen Worte aber: contra possessores tertios et creditores, gehen in Gemäsheit des hierbey unterliegenden Grundes weiter. Dem fernern Einwande, daß der Testator schon im Jahre 1711 gestorben, jenes Gesetz aber später gemacht worden sey, mithin dasselbe nicht auf einen vergangenen Fall angewandt werden könne, würde schon aus dem Gesetz selbst hinlänglich begegnet werden können. Am Schlusse desselben heißt es ausdrücklich, daß es auch auf alle Fideicommisse, so ohne Confirmation constituiret wären, wenn nicht binnen sechs Jahren dergleichen ausgebracht würde, erstreckt werden solle; und gleichwohl ist weder den zur Zeit der Bekanntmachung des Gesetzes vorhandenen Söhnen des Bruders des Testators, noch deren männlichen Nachkommen eingefallen, demselben nachzuleben. Zwar hat der Testator, wie schon erinnert worden ist, am Schlusse des Testaments die unterthänigste Zuversicht geäußert, daß seine Landes- und Lehnsherrn da, wo es nöthig, Höchstdero Consens ertheilen würden; allein eines Theils ist hierdurch der Vorschrift des Gesetzes keine Genüge geschehen, andern Theils das Testament niemals in einer dem Gesetz ent-

entsprechenden Absicht und mit einem dieser angemessenen Gesuche zur höchsten Wissenschaft gebracht worden, mithin auch keine Confirmation oder Consensertheilung erfolgt. Hieraus entsteht aber auch die sehr gegründete Vermuthung, daß selbst die Seitenverwandten der Ueberzeugung gewesen seyn müssen: es habe die Stammgutsanordnung keine zu ihrem Vortheil gereichende Einrichtung seyn sollen. Man kann übrigens auch nicht sagen, daß auf solche Weise das ganze Stammgutsgebäude niedergerissen werde; denn der nicht erfolgten Confirmation ohngeachtet, waren alle Descendenten an jene Ordnung gebunden, mithin wurde die Absicht des Testators in ihrem ganzen Umfange erreicht.

§. 9.

Antwort auf den dritten Grund.

Auch muß

ad 3) bey genauer Erwägung aller Zweifel verschwinden, den man auf die angeführten Stellen des Testaments gründet. Denn

erstens ist überhaupt die Rechtsregel, daß man bey einem Testament nicht auf einzelne Worte des Testirers, sondern auf die Absicht desselben zu sehen habe, in den Gesetzen so klar gegründet k), und auf gegenwär-

k) L. 24 D. de rebus dubiis, L. 96 D. de regulis iuris. L. 69 D. de legatis 3. Leyser specim. 395. medit. 1. Boehmer in exercit. ad Pandectas vol. II. exercit. 30. §. 18. Cramer in Nebenstunden Th. 57. N. 6. S. 85 und folg.

wärtigen Fall, in Betracht, daß die Art und Weise, wie der Testator seine Absicht zu erkennen gegeben habe, keinen Doppelsinn leidet, so anwendbar, daß einzelne Worte, welche bald mehr, bald weniger zu bezeichnen scheinen, in der Bedeutung genommen werden müssen, welche der Absicht des Testators gemäß ist; mithin

zweytens sind auch bey der anzunehmenden Absicht, und der selbst in der Natur der Sache gegründeten Einschränkung der besagten Stammgutsordnung, in deren Gemäsheit sie blos von denjenigen zu verstehen ist, die vom Testator abstammen, alle andere Ausdrücke, weil sie überhaupt nicht und am allerwenigsten offenbar das Gegentheil enthalten, nur dahin auszulegen [1]. Daß nun aber

drittens die angezeigten Worte überhaupt nicht und am allerwenigsten offenbar das Gegentheil enthalten, beweiset nicht nur der Zusammenhang der Dispositionen, worin sie vorkommen, und eine Vergleichung mit andern Stellen des Testaments, sondern auch die ganz natürliche und leichte Art, mit der sie der Absicht des Testators gemäß erkläret werden können. So ist

ad a) zwar keinem Zweifel unterworfen, daß er unter den im Eingang des Testaments vorkommenden Worten: respectu meiner künftigen Lehnsfolger — seines zur Zeit der Errichtung des Testaments schon verstorben gewesenen Bruders männliche Descendenten mit

1) Pütter in Rechtsfällen Th. 1. resp. XI. §. 6. n. 10. S. 146 und Th. 4. resp. 104. S. 343.

mit verstanden habe; allein in dieser Stelle ist keine Disposition enthalten, sondern es giebt der Testator schon bemerktermaßen nur zu erkennen, daß er bey seinem letzten Willen zum Fundament setze, wie er, weil er seine Güter vom neuen erworben habe und ihm in Ansehung des Gutes Riedelsdorf in dem oft erwähnten Reverse von den angenommenen Mitbelehnten ein freyes Dispositionsrecht zugestanden worden sey, darüber nach seinem Gefallen ordnen könne, folglich gewähren jene Worte den Seitenverwandten um so weniger einigen Vortheil, da sie in dem Eingange des Testaments vorkommen m) und dergleichen blos enunciativische Worte, welche der verstorbene Herr Ordinarius Hommel nebenbey berührte und eingeflochtene Redensarten, die zum Wesen einer Hauptsache nicht gehören, nennt, überhaupt wenige rechtliche Beabsichtigung verdienen, und mit denselben kein Fideicommiß verlassen wird n), in dem Fall aber, wenn die Absicht ihres Gebrauchs sich zu Tage legt, und in Gemäsheit derselben sie keinen Einfluß auf die dispositiven Worte selbst haben, zur Erläuterung der letztern schlechterdings nicht dienen. Hiernächst

ad b) ist die Clausel: **Kraft dieses für mich, meine jetzigen und künftigen Allodial- und Lehnserben, Mitbelehnte und Lehnsfolger** — offenbar ein

m) Hommel rhaps. quaestionum obs. 644. n. 4.

n) L. 38. §. 3 et L. 68. §. 1 D. de leg. 3. Stryk de cautelis testamentorum c. 21. membr. 1. §. 29. Leyser specim. 400. med. 1. Hommel a. a. O.

ein Zusatz von demjenigen, der das Testament in die gewöhnliche Form gebracht hat. Aus Unwissenheit glaubte derselbe, daß eine Vollmachts-Klausel auch zum Eingange einer Stammgutsanordnung dienen könne und dachte nicht einmal daran, daß es lächerlich seyn würde, den Testirer erklären zu lassen: er wolle für sich ein Stammgut constituiren. Sie kann daher um so weniger in Betracht kommen, weil die Verordnung über die Stammgutsinteressenten selbst in den Worten liegt: als will ich zuvörderst mein Gut Riedelsdorf, solange es bey meiner Familie männlichen Geschlechts bleibt, zu meinem Familien- und Stammgut fundiret, constituiret und eingerichtet haben, — und überdieß Clausuln, welche nicht einmal aus Unwissenheit einer Disposition beygefügt worden, sondern nützlich sind, nach der Natur der letztern erkläret werden müssen, dieselben auch gar keine Wirkung haben, wenn man sieht, daß die Sache sich anders verhält o). Hiernach und in Rücksicht der obigen Ausführung läßt sich nur ein zweyfacher Sinn jener Clausul denken. Einmal dieser: mein Wille ist, daß meine Stammgutsanordnung von den genannten Personen, theils in Rücksicht ihrer Abstammung von mir theils wegen des vorhandenen Reverses anerkennt und befolgt werden soll. Will man diesen annehmen, so sind freylich unter den Mitbelehnten und Lehnsfolgern auch die von des Testators Bruder abstammenden Seiten-

o) Stryk in disput. Hallens. vol. I. diss. 22. c. 2. n. 48 et diss. 25. c. 3. n. 18.

tenverwandten zu verstehen, es enthält aber sodann diese Clausul nichts, was zu ihrem Vortheile dienen könnte. Einleuchtender ist mir zweytens, daß der Testator hier von den Mitbelehnten und Lehnsfolgern in der von ihm gestifteten Linie verstanden werden müsse. Wenn man erwäget, daß das Gut Riedelsdorf jedesmal und solange es ein Stammgut blieb, nur einen Besitzer haben sollte, daß der Testator seinen beyden Söhnen und deren männlichen Leibes-Lehnserben an den Gütern Riedelsdorf und Dornheim die reciprocirliche Mitbelehnschaft constituiret hatte, daß er deshalb sowohl, als weil ohne Mitbelehnschaft seine Nachkommen ihr Stammgut nicht erhalten konnten, an die Mitbelehnten in seiner Linie gedacht hat und hat denken müssen, und daß er die männlichen Descendenten der entferntern Grade, welche nicht seine Erben wurden, hier sowohl, als an andern Orten, mit Recht seine Lehnsfolger nennen konnte; so läßt sich an der Empfänglichkeit für eine solche Ueberzeugung nicht zweifeln. Ueberhaupt aber kann man in keiner Rücksicht jener Clausul die Deutung geben, daß dadurch die männlichen Seitenverwandten des Testators als Stammgutsinteressenten mit hätten bezeichnet werden sollen, weil, abgesehen davon, daß er von sich selbst spricht, angenommen werden müßte, daß er für alle Allodialerben männlichen und weiblichen Geschlechts ein Stammgut hätten constituiren wollen, indem er nicht blos von Mitbelehnten und Lehnsfolgern redet, sondern sich zugleich so ausdrückt: für mich, meine jetzigen und künftigen Allodial- und Lehnserben, dieses aber

nach

nach obigen Ausführungen über die Absicht des Testators ungereimt seyn würde. Man wird daher auch um so mehr geneigt seyn müssen, diese Clausul für gänzlich unnützlich zu halten, da der Testator es an überflüssigen Worten nicht hat fehlen lassen, wie unter andern die Disposition unter dem Buchstaben a) des 11ten Paragraphen, wo es heißt: verkaufet, verschenket, vertestiret, oder sonst durch was Titel inter vivos oder mortis caussa veralieniret, ein Beyspiel davon enthält. Hieraus ergiebt sich nun auch zugleich

ad c) wie diese Worte, wenn sie noch außerdem zuweilen in dem 11ten Paragraphen, welcher die Stammgutsanordnung enthält und im 111ten Paragraphen, in welchem der Testator überhaupt von seinem Vermögen spricht, vorkommen, zu verstehen sind. Bey der Disposition unter dem Buchstaben a), welche festsetzt, was zum Stammgute Riedelsdorf gehören soll, und zugleich das der vorhergehenden Stammgutserklärung ganz entsprechende Veräußerungsverbot enthält, findet man sie gar nicht, sondern es verordnet blos der Testator, daß dieses Gut mit allen festgesetzten Zubehörungen, so lange es ein Stamm- und Familiengut bleibt, durch künftige possessores aus seiner Familie nicht veräußert und auf den Todesfall nicht darüber disponiret werden soll; gleichwohl sind die Stammgutserklärung und das Veräußerungsverbot bey einer Stammgutsanordnung dasjenige, worauf man vorzüglich sehen muß. Desgleichen kommt bey der Disposition unter dem Buchstaben b), welche die Bestimmung enthält, daß das Inventarium des Guts

Rie-

Riedelsdorf jeder künftige Lehnfolger aus seiner Familie zugleich mit dem Gute bekommen soll, das Wort Mitbelehnter eben so wenig vor, als bey der Verordnung unter dem Buchstaben c), welche von den Eheweibern und Wittwen der Stammguts-Besitzer, ingleichen von der letztern und der Lehnsfolger Obliegenheiten in Ansehung der erstern spricht. Zeigten nicht schon der Zusammenhang und Verbindung dieser Stellen mit den übrigen und bey der erstern besonders sogar die Worte, aus meiner Familie, daß von Lehnsfolgern aus der von dem Testator gestifteten Linie die Rede und daß hier eben so wenig, als bey der folgenden Disposition unter dem Buchstaben d), deren Gegenstand die Allodialstücke sind, die Absicht des letzten gewesen sey, auf den Fall, da das Stammgut an einen Seitenverwandten als Mitbelehnten fallen würde, den von seinem männlichen Descendenten hinterlassenen Allodialerben die Ansprüche auf das Allodium entziehen und die Wittwe auf eine solche Art einschränken zu wollen, und könnte daher auch angenommen werden, daß die Seitenverwandten mit unter den Lehnsfolgern zu verstehen wären; so würde dennoch hieraus auf keine Weise folgen, daß sie auch als Stammgutsinteressenten zu betrachten wären, sondern lediglich hierdurch eine Bestimmung ihrer rechtlichen Verhältnisse gegen die Allodialerben und eine solche Wittwe bewirkt worden seyn. Und dieses würde man auch annehmen müssen, wenn besonders dem Ausdrucke, Geschlechtssuccessor, welcher hier einmal mit vorkömmt, ein solcher Sinn untergelegt werden könnte. Letzteres

kann

kann ich aber nicht einmal zugeben, denn, wenn es heißt: dahingegen der folgende Lehnssuccessor, es seyn nun meine Söhne, oder ein künftiger Geschlechtssuccessor u. s. f. — so siehet man offenbar, daß der Testator, weil er glaubte, bestimmt von seinen Söhnen reden zu müssen und das Wort Lehnsfolger nicht noch einmal brauchen wollte, sich jenes Ausdrucks bediente, mithin Familie und Geschlecht für gleichbedeutend genommen hat. Dagegen ist das in der Disposition unter den Buchstaben e) und i) vorkommende Wort, Mitbelehnte, in Gemäsheit der übrigen Stammgutsverordnungen, von welchen jene nicht getrennt werden können, und der darauf gegründeten Ausführung nur allein von Mitbelehnten in der vom Testator gestifteten Familie zu verstehen. Endlich hat zwar der Testator am Schlusse des Testaments allerdings auch noch der Mitbelehnten aus seiner Seitenlinie erwähnt; allein nur in der bereits angezeigten Absicht, um die von ihm schon vorher gemachte Bemerkung, daß er wegen des von dem Stammvater der Seitenverwandten schon ausgestellten Reverses auch in Rücksicht ihrer frey und so, wie er es gethan, über das Gut Riedelsdorf habe disponiren können, recht einzuschärfen und dadurch die genaue Befolgung seines Willens zu erlangen. Das Resultat hiervon ist, daß jene Ausdrücke und Worte die Idee eines Gesammtstammgutes, oder gemeinschaftlichen Familienguts bey einem Mann von hinlänglichen Kenntnissen und guter Beurtheilungskraft eben so wenig erwecken können, als die von dem Hauptmann von Hochheim bemerklich

lich gemachte Reversstelle, welche vielmehr einen Beweis des Gegentheils enthält. Wenn der Testator von der Idee, ein Gesammtstammgut errichten zu wollen, belebt gewesen wäre, so hätte er nicht nöthig gehabt, seinen Bruder versprechen zu lassen, daß der jedesmalige Besitzer die von Hochheim in gesammter Hand und Lehn behalten solle; wohl aber würde erforderlich gewesen seyn, dieses eine Stammgutseigenschaft keinesweges bezeichnenden und nicht einmal mit der Stammgutsanordnung recht vereinbarlichen Versprechens bey letzterer zu erwähnen und demselben die gehörige Bestimmung zu geben. Dieses dürfte wohl auch bey der Voraussetzung jener Idee um so gewisser der Fall gewesen seyn, da er um sein freyes Dispositionsrecht zu beweisen, sich auf den Revers beruft und denselben seinem Testamente beyfügt, mithin hierdurch, um das Consequente in seinen Erklärungen anschaulich zu machen, auf eine Erwähnung jenes Versprechens in der Absicht geführet worden wäre, damit seinen Seitenverwandten die Pflicht der genauen Beobachtung der Stammgutsanordnung recht fühlbar gemacht würde.

§. 10.

Antwort auf den vierten Grund.

Läßt sich daher

ad 4) nicht behaupten, daß der Testator die Idee, ein Gesammtstammgut für seine männlichen Descendenten

denten und Seitenverwandten errichten zu wollen, gehabt habe; so kommt schon an sich dasjenige in keinen Betracht, was in der Absicht angeführt worden ist, um einer solchen Idee eine gewisse Consistenz zu geben. Es kann aber auch noch manches dagegen erinnert werden. Wenn ad a) davon die Rede ist, ob durch einen Vertrag oder Testament ein Familienfideicommiß errichtet worden, so muß man die Anordnung eines solchen Fideicommisses aus den Worten des Vertrags, oder Testaments erkennen, oder es müssen solche Verabredungen getroffen, solche Dispositionen gemacht worden seyn, die uns, mittelst eines richtigen Schlusses zur Annahme einer solchen Anordnung nöthigen, mithin letztere nöthigen Falls nach einer grammatischen, oder logischen Auslegung, als existent sich darstellen. Conjecturen, oder wahrscheinliche Gründe können nach meiner Einsicht eben so wenig Beabsichtigung verdienen, als die mit jener Voraussetzung nicht verbundene, sondern blos schlechtweg zu erkennen gegebene Absicht, ein solches Fideicommiß errichten zu wollen. Läßt sich aber an der Existenz einer solchen Anordnung nicht zweifeln, sondern es entstehen wegen einiger Dunkelheit die Fragen: wie weit geht das Familienfideicommiß? wer sind die eigentlichen Interessenten desselben? so können wir bey Ausmittelung der Absicht der Stifter, oder des Stifters, worauf hierbey alles ankommt, nur dann zu Conjecturen unsere Zuflucht nehmen, wenn andere richtige Erklärungsgründe uns verlassen. Bey dem gegenwärtigen Falle aber hat es uns an dergleichen Erklärungsgründen

nicht

nicht gefehlt und selbst die Conjecturen, welche hierbey eintreten, sprechen wider den Hauptmann von Hochheim. Auch die Meinungen der Rechtsgelehrten p) über Vermuthungen bey Fideicommissen, wenn ihnen auch die gehörige Bestimmtheit ganz abgeht, sind ihm nicht günstig. Die Rechte, sagen sie, präsumiren kein Fideicommiß, sondern erfordern entweder eine ausdrückliche Erklärung des Testators, oder wenigstens dringende Muthmassungen, woraus eine stillschweigende Absicht gefolgert werden kann q).

ad b) Ist zwar richtig, daß die Grundsätze des römischen Rechts, insofern sie der Natur der teutschen sogenannten altväterlichen Güter zuwider sind, weder auf diese, noch auf Familienfideicommisse, welche nach dem Beyspiel jener teutschen altväterlichen Güter errichtet worden sind, angewendet werden können; allein dergleichen Grundsätze hat man nicht zur Anwendung ge-

p) Carpzov part. 3. constit. 8. def. 27. Stryk de cautel. testam. c. 18. membr. 1. §. 9. Leyser spec. 362. medit. 2. Ludwig in consil. Hallens. tom. I. lib. II. cons. 69. n. 8. Cramer in den Nebenstunden Th. 37. S. 86. Selchow in neuen Rechtsfällen B. 3. S. 164.

q) Lochner in der angef. Schrift §. 5. S. 16. drückt sich so aus: die Stammgutseigenschaft, so gewöhnlich sie auch immer ist, wird nicht anders vermuthet, als wenn sie aus Verträgen, Testamenten, oder Familienobservanzen bewiesen ist. — Wozu aber eine Vermuthung, wenn die Stammgutseigenschaft auf eine solche Art erwiesen ist?

gebracht. Ueberhaupt aber ist die unbestimmte Behauptung verschiedener Rechtsgelehrten, daß die Anwendung des römischen Rechts auf teutsche Familienfideicommisse gänzlich wegfalle, und alles hierbey in einem zweifelhaften Falle nach den teutschen Rechten zu beurtheilen sey, um so gewisser als ungegründet zu verwerfen r), da so groß auch die Verschiedenheit zwischen den römischen und teutschen Familienfideicommissen ist, dieselben dennoch in einigen wichtigen Puncten mit einander übereinstimmen und es überhaupt bey errichteten Familienfideicommissen besonders darauf ankommt, ob der Stifter ein Familienfideicommiß teutscher oder römischer Art hat anordnen wollen.

r) Junge in der angeführten Schrift §. 10. S. 9 drückt sich hierüber ganz richtig so aus: quam regulam tamen restringendam et curatius definiendam esse censeo. Fideicommissorum vltima voluntate constitutorum forma ex iure romano normam suam habere debet, eo quidem effectu, vt de valore eiusmodi constitutionis ex legibus romanis sententia sit ferenda: in conuentionalibus vero, tamquam iuri romano plane incognitis nullus hoc nomine iuri romano locus erit. Quod ad ipsam materiam attinet, pro conditione personarum fideicommittentium, pro tenore et mente ipsius dispositionis formularumque, quibus fideicommittens est vsus, de iuris romani applicatione erit statuendum. — Ex formula a fideicommittente adhibita patebit, an bonorum auctorum qualitatem germanicam bonis suis addere, vel ius patrium hac ratione confirmare voluerit, an vero maluerit more romano fideicommissum constituere.

ad c) giebt man sehr gerne zu, daß dergleichen Stammgutsanordnungen nach der Absicht, die Geschlechter bey gutem Wohlstande zu erhalten und in zweifelhaften Fällen nach der auf Erhaltung des Stammes und Namens gerichteten Absicht beurtheilet werden müssen und daß hierbey eher eine Rechtsbegünstigung, als ein Rechtshaß statt finden könne s); diese Beurtheilung und Begünstigung dürfen aber doch niemals so weit gehen, daß man in einem zweifelhaften Falle Eigenschaften annimmt, die der schon herausgesetzten Natur der teutschen Stammgüter, nach welcher blos die Descendenten des Erwerbers sie als solche betrachten können, zuwider sind, oder sich wohl gar über die zu erkennen gegebene Absicht des Stammgutsstifters, die unnachläßig zur Richtschnur und Vorschrift dienen muß, hinaussetzt. Endlich

ad d) werden allerdings unter den Söhnen, deren bey Anordnung eines solchen Fideicommisses gedacht worden ist, auch selbst in dem Falle, wenn der Stifter seiner übrigen Nachkommen nicht namentlich erwähnt hat, letztere um deswillen darunter mitverstanden, weil dieses der Absicht des Stifters gemäß ist.

s) Ein Rechtshaß kann bey solchen Familienfideicommissen so wenig statt finden, als wenig die Grundsätze des römischen Rechts, nach welchen die Dauer der Fideicommisse bis auf die vierte Generation eingeschränkt ist, die legitimirten und Adoptivkinder in Fideicommissen succediren, die sogenannte quarta Trebelliania abgezogen werden kann, zur Anwendung zu bringen sind.

ist. Lächerlich aber ist der Schluß: weil unter den Söhnen auch die Enkel und Urenkel verstanden werden, so muß man auch unter den Descendenten die Seitenverwandten begreifen. Denn schon der Begriff von jenen schließt diese aus. Es bedarf also keiner Vermuthung und auch diese würde wider den Hauptmann von Hochheim sprechen.

No. VI.

No. VI.

In Sachsen kann ein Ehemann aussenstehende Capitalien seines Eheweibes, sie mögen als Heyrathsgut oder als Paraphernalvermögen anzusehen seyn, selbst mit Widerspruch desselben erheben.

§. 1.

Als Thomas Fischer, ein Bürger einer Altenburgischen Stadt, die Wittwe Kraußin heurathete, so erklärte sich letztere noch vor Vollziehung der Ehe gegen erstern mit dessen bezeigter Zufriedenheit in Absicht ihres Vermögens unter andern auch dahin: sie habe bey Jacob Schneidern ein Capital von 1000 Reichsthalern stehen, welches er bekommen solle. In der Folge der Ehe entstanden zwischen diesen Eheleuten Irrungen, welche das Eheweib zu einem Versuche veranlaßten, ihrem Ehemanne, der dieses Capital erheben wollte, um eine Schuld, die auf seinen Gütern haftete, damit zu bezahlen, Hindernisse in den Weg zu legen. Sie war auch so glücklich, es dahin zu bringen, daß der Richter dem Schuldner die Abtragung der Schuld untersagte. Allein der Ehemann

beruhigte sich dabey nicht, that Vorstellungen dagegen und beschwerte sich endlich, weil diese von keinem Erfolg waren, über das Verfahren des Richters. Das Eheweib suchte sich und nurgedachtes Verfahren mit dem Vorgeben: diese 1000 Reichsthaler wären nicht als Heyrathsgut, dos, anzusehen, zu vertheidigen, der Richter aber glaubte, es müsse zuvörderst erörtert werden, ob dieselben diese Eigenschaft haben, oder nicht. Beyde betrachteten die Sache aus einem falschen Gesichtspuncte, und die Beschwerde war gegründet. —

§. 2.

Nach dem sächsischen Rechte giebt die eheliche Vormundschaft dem Ehemanne ein Recht auf die Verwaltung und den Nießbrauch des Vermögens seines Eheweibes a); es wäre denn, daß letztere dieses Recht in Absicht des ganzen Vermögens, oder eines Theils desselben sich vorbehalten, oder dieselbe etwas unter einer Bestimmung, wodurch diese rechtlichen Verhältnisse anders gestellt worden, erworben hätte, z. B. ein Verwandter des Eheweibes macht derselben ein Vermächtniß unter der Bedingung, daß nicht der Ehemann, sondern sie den Nießbrauch davon haben soll, oder der Vater derselben setzt sie unter einer solchen Be-

a) Stryk de iure mariti circa bona vxoris §. 11. Heineccius in diss. de marito et curatore legali vxoris c. 1. §. 16 in syllog. opusc. pag. 856. Schott in Institut. iuris Saxon. c. 8. §. 14. p. 152. edit. 2.

Bedingung zur Erbin ein [b]. Ohne übrigens einen Unterschied unter Dotal- und Paraphernalgütern des Eheweibes zu machen, indem man hiervon vor der Reception des römischen Rechts gar nichts wußte, war dieser Nießbrauch in Ansehung der Mobilien mit Eigenthumsrechten verbunden, weil der Ehemann Erbe der Mobilien seines Eheweibes wurde, und die alten Sachsen auch bey der gesetzlichen Vormundschaft über Unmündige den Rechtssatz anerkannten: **wo der Vormund Erbe ist, so darf er niemand des Kindes Gut berechnen, noch Bürgen setzen** [c]. Daher war dieser Nießbrauch gar sehr von dem römischen unterschieden [d]. Durch die Annahme des römischen Rechts lernte man auch in Sachsen den Unterschied unter Dotal- und Paraphernalvermögen kennen. Hielte man es auch nicht für schlechterdings nöthig, daß die Frau dem Manne einen Dos zubrächte, so wurde dieses doch gewöhnlich. Um der Consequenz willen glaubte man aber auch nunmehr, daß weil man die Sache, worüber das römische Recht spricht, angenommen habe, nicht weniger die deshalb darinn constituirten Rechte Anwendung finden müßten. Die Rechte des Ehemannes in Absicht des Vermögens seines Eheweibes wurden daher, wenn man dasjenige ausnimmt, wovon letzterer auf die schon be-

b) Auch in dem Fall muß nach meinem Ermessen dieses Statt finden, wenn ihr nur der Pflichttheil ausgesetzt, sie aber für ihre Person damit zufrieden ist.

c) Sächsisches Landrecht B. 1. Art. 23.

d) Heineccius a. a. O. und Gaertner de discrimine inter bona dotalia et paraphernalia §. 6.

bemerkte Weise der Nießbrauch zukömmt, und worüber sie vielleicht auch sonst disponiren kann, in gewisser Rücksicht vermindert, in anderer aber vergrößert. Den Nießbrauch des Ehemanns an dem Dotal- oder Heyrathsgute schuf man in ein dominium ciuile um und verstattete daher auch demselben die Rechte, welche nach der römischen Legislation diese Art des Eigenthums begreift. Man handelte hierin, wie mir dünkt, aus Gründen consequent, und verschiedene Sächsische Prozeßordnungen erkennen durch den Unterschied, welchen sie in ihren Dispositionen zwischen Heyrathsgut und Paraphernalvermögen machen, diese Umschaffung auch deutlich genug an.

§. 3.

So richtig dieses nun auch in Sachsen seyn möchte, so gewiß ist es doch auch, daß die richterlichen Decrete in diesen Sachen sehr oft einander widersprechend ausfallen. Auch den Nießbrauch des Ehemanns an dem Paraphernalvermögen seines Eheweibes beurtheilte man nunmehr in gleicher Consequenz nach der römischen Gesetzgebung. Dieses war dem Ehemanne gewissermaßen nachtheilig, jedoch trafen in Absicht des Nießbrauchs am Ausgabegelde und Schuldforderung die sächsischen Rechte mit dem römischen Rechte in einem Brennpuncte zusammen. Nach dem römischen Rechte ist der Nießbrauch an solchen Gegenständen, wenn die Disposition, worauf er sich gründet, der Sache keine andere Bestimmung giebt, als ein uneigentlicher Nießbrauch, quasi vsus fructus zu betrach-

trachten e), dessen Natur aber bringt mit sich, daß ich einer Sache durch den Gebrauch ihr Daseyn gänzlich, oder doch wenigstens in Absicht auf mich nehmen kann. Da nun auch nach dem, was ich aus dem alten sächsischen Recht bemerkt habe, das Gebrauchsrecht des Ehemannes in Ansehung solcher Dinge ganz frey und uneingeschränkt ist, so stellt sich nicht weniger nach diesem das Nießbrauchsrecht des Ehemanns als ein solches dar, welches im römischen Rechte ein uneigentliches Nießbrauchsrecht genennet wird. Hieraus folgt, daß der Ehemann in seinem Namen über dergleichen Gelder und Schuldforderungen disponiren und namentlich letztere, ohne sich durch einen Auftrag von seiner Frau zu legitimiren, erheben kann. Unbedeutend dürfte der Einwand seyn, daß vor vierzig und mehrern Jahren die sächsischen Spruchcollegien die Frage: kann der Mann ohne Concurrenz und Einwilligung seiner Frau Schuldforderungen derselben erheben? nicht übereinstimmend entschieden haben. Denn obwohl dieses nicht zu bezweifeln seyn dürfte f), so können doch eines Theils Entscheidungen, welche nicht einmal auf richtigen Rechtsgrundsätzen beruhen, bey andern Fällen zu keiner Richtschnur dienen, und andern Theils ist auch gewiß, daß seit dreyßig und meh-

e) L. 1. Cod. de vsu fructu §. 2. Instit. de vsu fructu. L. 2 et 12 D. de vsu fructu ear. rerum, quae vsu consumuntur. Leyser specim. 106. med. 6. Carl Frid. Haeberlin in diss. de vsu fructu pecuniae §. 10 et 12. Carl Frid. Walch in diss. de vsu fructu nominum maritali §. 7. 8 seq. pag. 63. tom. I. opusc. et §. 17 seq. p. 67.

f) Man sehe Riuini ennunciata iuris ad tit. VIII. n. 14.

mehrern Jahren die sächsischen Spruchcollegien mit dem Churfürstlich-Sächsischen Appellationsgerichte zu Dreßden dieselbe in ihren Erkenntnissen bejahend beantwortet haben g). Auch stellt sich die Sache schlechterdings nicht anders dar, wenn die Ehefrau dem Ehemanne hierbey widerspricht und die Erhebung solcher Forderungen nicht geschehen lassen will. Denn da letzterer in Ansehung seines Dispositionsrechts als ein wahrer Eigenthümer zu betrachten ist, so bleibt nach der Natur und dem Wesen des uneigentlichen Nießbrauchs ersterer auf den Fall, wenn dergleichen Schuldforderungen oder Gelder nicht mehr vorhanden sind, nur das Recht, nach geendigtem Nießbrauch andere Sachen von eben der Quantität und Qualität zu verlangen.

§. 4.

Daher hatte man bey dem vorgetragenen Falle ganz und gar nicht nöthig auf die Frage zurückzugehen: können die 1000 Reichsthaler als Dotal- oder Paraphernalgut angesehen werden? Gesetzt aber auch, es wäre auf diese Frage etwas angekommen, so würde des bekannten Streits über die Frage: ist Dotalgut, oder Paraphernalgut zu vermuthen h)? ungeachtet, an der

g) Winckler ad Bergeri oecon. iur. lib. I. tit. 3. thes. 10. Hommel rhaps. quaest. obs. 278. Kind in quaest. forens. part. I. p. 156. Walch l. c. und Curtius in dem Handbuche des in Chursachsen geltenden Civilrechts, Th. 1. §. 126. S. 122.

h) Man sehe Otto Fr. Kraut diss. de bonis vxoris ex iuris romani praesumtione non paraphernalibus, sed do-

der Dotalqualität jener 1000 Reichsthaler nicht zu zweifeln seyn. Denn wenn wir auch annehmen wollen, daß alles Vermögen des Eheweibes, worüber ihr der Nießbrauch nicht zustehet, ohne Versprechen und sonstige Erklärung als Paraphernalgut anzusehen sey; so läßt sich doch bey einem Versprechen, oder Verabredung der gedachten Art keine andere Absicht denken, als daß der Gegenstand desselben, oder derselben entweder als ein Geschenk i) oder als ein Heyrathsgut angesehen werden solle. Ist nun ersteres nicht ganz klar, so muß letzteres um so gewisser angenommen werden, weil ein solches Versprechen oder eine solche Verabredung lediglich auf die Ehestandsverhältnisse und die damit verbundenen Lasten und Beschwerden sich beziehet k). Die Sache selbst sprach daher zu deutlich

dotalibus, Goett. 1769. et Ferd. Max. Stark de bonis vxoris ex iuris romani praesumtione non dotalibus, sed paraphernalibus, Goett. 1798.

i) Ich setze hier den Fall voraus, wo vor Vollziehung der Ehe dergleichen Versprechen und Verabredung vorkommt. Dieses bemerke ich um deswillen, weil außerdem man sagen könnte, daß zuweilen hierbey nicht der Gedanke einer Schenkung entstehen könnte.

k) Einige erfordern zwar eine expressam constitutionem dotis. Lauterbach in coll. theoret. pract. lib. 23. tit. 3. §. 17. pag. 349. tom. II. Stryk in Cautel. contract. sect. 3. c. 8. §. 6. Wernher in obseru. forens. p. 6. obs. 410 et in supplem. nouis ad hanc partem obs. 410., allein diese Meinung verdient gar keinen Beyfall. Iust. Henn. Boehmer in Consult. et Decis. tom. 3. part. 2. decis. 442. num. 1, p. 804. Berger in oeconom. iur. lib. 1. tit. 3. thes. 10. not. 1, auch selbst Stark cit. diss. §. 8. Kraut

deutlich, als daß man zu einer Vermuthung seine Zuflucht zu nehmen nöthig gehabt hätte. Eine ganz andere Beschaffenheit hat es mit der Versicherung einer Braut, oder einer solchen, die erst in den Brautstand treten will, daß sie Vermögen, oder ein bestimmtes Vermögen habe. — Zugleich kam nun auch bey jenem Falle die Frage mit vor: ob der Ehemann nicht wenigstens Caution leisten müsse, wenn er die erwähnten 1000 Reichsthaler erheben wolle? Sie zu verneinen, waren hinlängliche Gründe vorhanden

Kraut cit. diss. §. 9. p. 77, welcher, wie mir dünket, sehr richtig sich so ausdrückt: duplici igitur modo naturali ratione constitui potest dos: 1) per facta mentem et intentionem constituentis abunde indicantia, deinde 2) per modum consequentiae, quae ex aliis signis minime ambiguis recte deducitur. Per factum non minus recte promittitur, quam traditur; quo pertinet negotium, si mulier vel ante nuptias, vel post easdem, siue ipso die nuptiarum, siue etiam postea, nulla antea constituta dote, marito bona sua vel omnia vel certam eorum partem promiserit. Und §. 13. psg. 98: Interpretum graue vitium in explicanda hac quaestione in eo latet, quod confundant casum dubium cum dotis constitutione tacita, quum tamen, si de hac quaeratur, nulli fere dubio locus esse possit. Ganz neuerlich hat der Herr Appellationsrath F. A. Freyherr von Ende in den vermischten juristischen Abhandlungen (Celle 1802) S. 113 die Frage: ist das ganze Vermögen, was die Frau beym Anfang der Ehe dem Manne zubringt, für Brautschatz zu halten? untersucht, und sich für die Meinung derjenigen erkläret, welche eine ausdrückliche Constitution des Brautschatzes erfordern. Er hat die Fälle, wo die Frau ohne vorhergegangenes Versprechen oder unter einem solchem Versprechen etwas zu dem Manne bringt, nicht unterschieden, und daher nach meinem Ermessen die Frage auch nicht richtig beantwortet.

handen. Erstens ist der Ehemann in Ansehung des ihm zustehenden gesetzlichen Nießbrauchs an dem Vermögen der Frau so lange von der Cautionsleistung frey, als letztere nicht dessen Verlust zu befürchten hat [l], und selbst nach dem römischen Rechte ist die Sicherheitsleistung bey dem uneigentlichen Nießbrauch nicht wesentlich [m]. Zweytens war auch bey jenem Falle um so weniger ein Grund zu einer Verbindlichkeit einer Sicherheitsleistung vorhanden, weil der Ehemann eigenthümliches unbewegliches Vermögen besaß, woran

l) Carpzov p. 2, const, 10, def. 9. Hellfeld in iurisprud. for. §. 654. Schaumburg in der Ein= Einleitung zum sächsischen Rechte Th. 3. Sect, 1. Abth. 3. §. 11. Berger in oeconom, iuris lib, II. tit. III. thes, 19. n. 8. Bielitz in der Anleitung zur Kenntniß der sächsischen Rechte, Th. 2. S. 142. Curtius in der angef. Schrift Th. 2. §. 1032. S. 550.

m) Arn. Vinius in select. quaest. iuris lib. 1. c. 29 et in Comm. ad Instit. lib. 2. tit. 4. u. 2. Galvanus de vsufr. c. 13. Schaumburg in annot. ad Strunii iurispr. forens. lib. 2. tit. 8. aphor. 10. p. 243. Greg. Maiansius in diss. de vsufructu ear. rerum. quae vsu consumuntur §. 28. tom. 1. disput. iuris n. 17. Westenberg in pr. iur. sec. ord. Dig. tit. de Vsufructu ear. rerum, quae vsu cons. §. 11. Io. Aug. Phil. Klipsch in diss. de remissione aut. vsufr. §. 15. W. Burchard in diss. cautionem vsufructuariam nec veri, nec quasi vsusfructus substantiam ingredi, sed solum externum naturae attributum esse, Herb. 1767. Hofacker in princip. iur. ciuil. rom. tom. 2. §. 1140. p. 324. Carl Frid. Walch in controv. iur. ciuil. p. 165. edit. 3. Dabelow System des heutigen Civilrechts Th. 2. §. 1514. S. 144. Emminghaus in not. ad Sam. de Cocceji ius ciu. cont. tom. 2. p. 25.

woran das Eheweib, es mochten die 1000 Reichsthaler Dotal- oder Paraphernalvermögen seyn n), eine stillschweigende Hypothek gleicher Art hatte. Da nicht gerade eine fidejussorische Caution verlangt werden kann o), so hatte letztere schon, was sie verlangte und lächerlich würde ersterer die Cautionsanforderung gemacht haben, wenn er den Gegenstand der stillschweigenden Hypothek zu einer ausdrücklichen offeriret und auf solche Weise seinem Eheweibe ein in gewisser Rücksicht schlechteres Recht, als sie schon hatte, constituiret hätte. Endlich drittens gereichte es sogar zum wahren Vortheil des Eheweibes, wenn die 1000 Reichsthaler erhoben und auf die schon bemerkte Art verwandt wurden, indem diese Verwendung die Befreyung der Güter des Ehemanns von einer Hypothek, die ihrer Beschaffenheit wegen der ihr zuständigen vorzuziehen war, zur Folge hatte.

No. VII.

n) Altenburgische Prozeßordnung p. I. c. 37. pag. 240 et 241.

o) Aus den L. 7. §. 1 D. usu fructu quemadmodum caueat. L. 5 et L. 9 D. qui satisdare coguntur kann nicht erwiesen werden, daß eine usufructuarische Caution gerade durch Bürgen bestellt werden müsse, die Behauptung des Gegentheils fällt sogar ins Lächerliche.

No. VII.

Etwas über die Nichtigkeitsquerel wider Sentenzen in Sachsen und über die Zeit, von welcher an die Verjährnng dieser Klage läuft? a)

§. 1.

Die alte Chursächsische Gerichtsordnung vom Jahre 1622 b), welche auch in den Herzoglich-Sächsischen Landen bey dem Abgange besonderer Prozeßgesetze als Richtschnur befolgt wird, spricht über diesen Gegenstand so: — Wann aber jemand ein gesprochen Urtheil einer Nullität, als ob dasselbe an ihm nichtig und kraftlos sey, anfechten wolle: so ordnen und wollen Wir, daß er solches innerhalb sechs Wochen und drey Tagen, nach Eröffnung des Urthels anzurechnen, fürbringen, und gegen den nächstfolgenden Termin, oder in

a) Man s. des Herrn D. Chr. Benj. Weiss Comment. de causis et praescriptione querelae nullitatis contra sententiam ad ord. Proc. Sax. Rac. ad Tit. 30. §. 1. Lips. 1801, und die von ihm angeführten Schriften. Der Disputation von dem Herrn D. Mann erwähne ich weiter nicht.

b) Tit. 38. §. 1 und 2.

in andern Gerichten, die zu gewissen Zeiten nicht gehalten werden, binnen doppelter sächsischer Frist, so viel an ihm und seinem möglichen Fleiß gelegen, Citationes zu fernerer Ausführung erlange, oder hernach weiter damit nicht gehört werde. Wenn auch gleich solche Nullität innerhalb der nachgelassenen Frist eingewandt würde, soll hierdurch die Hülfe auf das Urthel, so seine Kraft erreicht, nicht suspendiret, sondern nichts minders damit verfahren werden; obschon dem Urthel die Clausel mit angehanget, daß Beklagten actionem nullitatis anzustellen unbenommen; es wäre denn einer, der angegebenen Nullität halben, mit so ansehnlichen und glaubwürdigen Schein gefaßt, daß er sie in continenti und innerhalb der Zeit, welche zu der Hülfe ohne das gehört, ausführen und darthun könnte. So auch hernacher in Deducirung der angegebenen Nullität vermerkt würde, daß der, welcher das Urthel derowegen angefochten, dessen keine erhebliche Ursache gehabt, soll er dessenhalben Vierzig Gülden den Gerichten zur Strafe verfallen seyn. Würde aber einer vorwenden, es wäre ein Urthel aus falschem Gezeugniß oder Instrumenten gesprochen, soll ihnen dasselbe, damit die Mießhandlung derjenigen, so zu dergleichen falsch geholfen, desto eher an den Tag komme, innerhalb der in Rechten nachgelassenen Frist, anzubringen und auszuführen, gleichfalls frey stehen. — — Die alte Gothaische Prozeßordnung vom Jahr 1670 c) stimmt

c) P. I. cap. 16. §. 7 et 8.

stimmt hiermit in der Hauptsache überein; nur braucht sie das Wort Urtheil, statt Urthel d) und bestimmt auch den letzten Satz genauer, indem es in Ansehung der Urtheile, welche aus falschem Gezeugniß oder falschen Instrumenten ergangen, bey der in gemeinen Rechten verordneten Dreyßigjährigen Frist bleiben soll. Mit dieser Bestimmung ist auch bey der Eisenachischen Prozeßordnung vom Jahre 1704 e) die Disposition der alten Chursächsischen Gerichtsordnung über die Nichtigkeitsquerel zum Grunde gelegt und überdieß das Wort Urtheil, statt Urthel, mit dem Zusatze: oder Decret f), gebraucht worden.

§. 2.

In der, im Jahre 1724 bekannt gemachten Chursächsischen Erläuterung und Verbesserung der alten Gerichts- oder Prozeßordnung g) ist der von einigen Rechtsgelehrten gemachte Unterschied zwischen Urtheln und Bescheiden gänzlich aufgehoben und darneben ver-

d) Da schon damals unter den Rechtsgelehrten darüber gestritten wurde, ob die Stelle der alten Chursächischen Prozeßordnung auch von Sentenzen, die der Richter selbst abgefaßt hat, zu verstehen sey; so glauben verschiedene, daß man absichtlich das Wort Urtheil statt Urthel gebraucht habe.

e) Tit. 20. §. 18.

f) Durch diesen Zusatz suchte man den Streit, der auch darüber entstanden war, ob die Disposition der alten Chursächsischen Prozeßordnung blos von eigentlichen Sentenzen oder auch andern richterlichen Decreten zu verstehen sey, zu beseitigen.

g) Tit. 38.

verordnet: dasjenige, was in der Gerichtsordnung Tit. 38 enthalten, soll von solchen Nullitäten, so ex defectu citationis oder mandati herrühren, nicht verstanden werden, als in welchen Fällen die Nullität, wenn derjenige, so deswegen klaget oder excipirt, nicht nachgehends das Verfahren expresse oder tacite ratihabiret, als welches von dem obsiegenden Theile auch post sententiam definitiuam geschehen mag, zu aller Zeit urgiret werden kann. Nach der alten Gerichtsordnung und dieser Erläuterung sind in Ansehung der Verjährung der Richtigkeitsquerel drey Fälle unterschieden. Wenn 1) aus falschem Gezeugniß oder falschen Instrumenten gesprochen worden ist, so soll innerhalb der in Rechten nachgelassenen Frist die Richtigkeitsquerel angebracht werden. Nun ist zwar diese Querel als ein Rechtsmittel wider Erkenntnisse den Römern unbekannt gewesen [h]; allein dessenungeachtet konnte der Gesetzgeber auf das römische Recht, an welches er ohne Zweifel dabey gedacht hat, verweisen. Denn nach dem Recht des Codex [i], dauern alle Klagen, in Absicht deren in den Pandecten oder den Kaiserlichen Verordnungen nicht nahmentlich eine Ausnahme gemacht worden ist, 30 Jahre. Von einer solchen Frist ist daher jene Stelle in Uebereinstimmung mit den Herzoglich-Sächsischen Verordnungen, in welchen sie bestimmt ausgedrückt

h) Herr Geheimerath Biedermann in diss. de vera sententiarum nullitate siue sanabili siue insanabili §. 6. Herr Doctor Weiss cit. diss. c. 2. §. 7.

i) L. 3 et 4. Cod. de praescriptione 30 annorum.

gedruckt ist, zu verstehen [k]. 2) Zu allen Zeiten soll die Nullität angefochten werden können, wenn sie ex defectu citationis oder mandati herrühret, ausgenommen wenn derjenige, welcher deswegen klagt oder excipirt, nicht nachgehends das Verfahren expresse oder tacite ratihibiret, welches von dem obsiegenden Theile, auch post sententiam definitiuam geschehen kann. Dasjenige, was bisher die Rechtsgelehrten über diese Stelle gesagt haben, ist nicht befriedigend; auch scheint bey den letztern Worten der Gesetzgeber an etwas anders gedacht zu haben, als wovon hier die Rede ist. Nach der Aufschrift, welche der Herr Doctor Weiß seiner angeführten gelehrten Abhandlung gegeben hat, erwartete ich eine vollständige Aufklärung dieser Stelle; allein ich fand dergleichen nicht. Er sagt so [l]: Hinc tandem concludimus, legem nostram de illo duntaxat citationis et mandati defectu interpretandam esse, quo et ipsa sententiae publicatio vi sua destituitur. Sin vero haec rata ac firma fuerit, querelae, v. c. ob defectum primae citationis, in Electorali quoque Saxonia vltra spatium Saxonicum locum non esse suspicamur. Quod reliquum est, illum citationis atque mandati defectum, nullo vnquam tempore sanari, nec restitutam esse tricenariam praescriptionem, et vitii natura et vero etiam interpretum auctoritate confirmatur. Der Herr Assessor D. Biener drückt

k) Herr Assessor D. Chr. Gottl. Biener in system. process. iudic. et communis et Saxonici lib. 3. c. 5. §. 205.

l) cit. l. §. 10. p. 51.

drückt sich hierüber so aus m): tandem si ex defectu citationis seu mandati agitur, nulla obiici potest praescriptio, nisi ex expressa vel tacita accesserit ratihabitio, quod non Saxonico solum sed communi etiam iure iustum est. Qui igitur inauditus aut in falso procuratore condemnatus fuit, nunquam tenetur et cognita condemnatione querelam monere non prohibetur, quod si per XXX annos omittit, teneri puto, atque huc pertinet Pütteri sententia n), qui initium praescriptionis a cognitione sententiae nullitate laborantis computandum censuit. Ueber beyde Erklärungen möchte sich nun wohl viel sagen lassen. 3) Ein Erkenntniß, welches ausserdem nichtig ist, soll innerhalb sechs Wochen und drey Tagen nach der Eröffnung desselben, mittelst der Nullitätsquerel angefochten werden.

§. 3.

Bey der Altenburgischen Prozeßordnung vom Jahre 1743 ist in Absicht der Nichtigkeitsquerel auf die alte Chursächsische Gerichtsordnung, die Gothaische Prozeßordnung, die Erläuterung und Verbesserung jener Gerichtsordnung, und in einem Puncte auch auf die Eisenachische Prozeßordnung in der Maße Rücksicht genommen worden, daß man die alte Chursächsische zum Grunde gelegt hat. Die Hauptstellen lauten so o):

Wenn

m) loc. cit.

n) in opuscul. rem iudiciar. illustr. p. 322.

o) p. I. c. 34. p. 384 seq.

Wenn jemand ein Urthel als nichtiglich gesprochen anfechten wolle, soll es solches innerhalb sächsischer Frist von Zeit solchen publicirten Urtheils thun, die Nullität anführen, auch zugleich um Citation, dieselben ausführlicher vorzustellen und vorzubeweisen, ansuchen. Es würde dann vorgewendet, daß ein Urthel aus falschen Gezeugniß oder falschen Instrumenten oder ohne vorgegangene Citation oder beygebrachte Vollmacht, et cet. ergangen p), denn solchenfalls soll es bey der, in den gemeinen Rechten, verstatteten 30 jährigen Frist verbleiben. Im übrigen aber soll solche Nullitätsklage die Hülfe auf das Urthel, so seine Kraft erreichet, nicht aufhalten, es wäre denn, daß die Execution ein damnum irreparabile mit sich führte, oder derjenige, so die Nullität vorgewendet, dieselbe innerhalb der Zeit, welche zu der Hülfe bestimmt, genug ausführen und darthun könnte, in welchem Fall die Hülfe eingestellt werden soll. — Nachdem auch von den sächsischen Rechtslehrern bey der Nullitätsklage und dem sonst in sächsischen Rechten dazu bestimmten fatali hat wollen ein Unterschied gemacht werden zwischen Urtheln und Decreten und andern gerichtlichen Handlungen, so ohne vorgängige Untersuchung und Ausführung der Sache ergehen, als wird hierdurch solcher Unterschied gänzlich aufgehoben und verordnet, daß dieses Remedium auf einer-

p) Alles, was über das et cet. möchte gesagt werden können, dürfte Hypothese bleiben, ungeachtet es nicht umsonst hier stehen kann.

einerley Art und in gleichen Fristen, nach Vorschrift der vorhergehenden Paragraphen sowohl wider Urthel und Bescheide, als Decrete und andere gerichtliche Handlung in der Maße statt finden soll, daß, wenn die Nullität außer der Sentenz oder Decret entstehet, das nichtige Verfahren, da es bey der Landesregierung vorgestellt wird, alsobald von selbiger, nach eingezogenen der Sache Grund aufzuheben und der nulliter handelnde Theil oder Richter in Strafe zu vertheilen. In der neuen Göthaischen Prozeßordnung vom Jahre 1776 q) ist diese Disposition mit einigen Veränderungen und Bestimmungen beybehalten worden. Letztere kommen gleich in dem ersten Paragraphen vor, und dieser lautet so: Wenn jemand ein Urthel oder einen Bescheid, entweder weil der Richter gegen die in gegenwärtiger Prozeßordnung vorgeschriebene Art verfahren, oder sonsten gegen klare Landesgesetze gesprochen, als ungültig und nichtig anfechten wolle, so soll er solches innerhalb sächsischer Frist von Zeit der publicirten Sentenz thun, die Nullität anzeigen auch zugleich nur eine Citation, selbige ausführlich vorzustellen, nachsuchen. Es stehet aber demselben die Wahl frey, ob er sothane Nullitätsklage bey dem Richter, wo die Sache anhängig oder bey der Oberinstanz anzeigen wolle r). Uebrigens ist das

q) p. I. c. 34. §. 1. 2. et 3.

r) Daß in Sachsen überhaupt die Nichtigkeitsquerel bey dem Unterrichter, vor welchem die Sache verhandelt worden ist oder auch bey dem Oberrichter angestellt werden

das in der Altenburgischen Prozeßordnung vorkommende et cet. hier weggelassen und ausdrücklich verordnet worden, daß in den vier angezeigten Fällen die Frist auf 30 Jahre erstreckt seyn solle s). Alle diese Verordnungen über die Nullitätsquerel bedürfen einer Revision der Gesetzgebung, denn nie möchte durch eine doctri-

werden könne, möchte aller Gründe ungeachtet, welche der Herr Hofrath Gönner sowohl in den jurist. Abhandlungen Th. 2, St. 26, als in dem 3ten Bande des Handbuchs des teutschen Prozesses dagegen im allgemeinen und ohne Rücksicht auf Sachsen aufgestellt hat, nicht zweifelhaft seyn. Die Beschaffenheit der Nichtigkeit aber wird den Verletzten in keinem Zweifel lassen, wohin er sich mit seiner Nichtigkeitsquerel zu wenden habe.

s) In der Jenaischen Hofgerichtsordnung K. 36 kommt folgende Disposition vor: „So jemand ein ge„sprochen Urthel aus dem Grunde einer Nullität an„fechten wollte, soll solches auf das nächste Gericht her„nach gerechtfertiget, und wo er sich daran versäumt, „damit weiter nicht gehöret werden, es wäre denn, „daß ein Urthel aus falschem Gezeugniß oder falschen „Instrumenten erlangt wäre, das mag in gebührlicher „Zeit Rechtens für den Hofgericht fürgebracht und ge„rechtfertiget werden.“ — Es ist nicht zweifelhaft, daß hier nur von Hofgerichtsurtheln, welche als nichtig angefochten werden sollen, die Rede sey; es ist aber nicht bestimmt, wenn, abgesehen von den zwey letztern Fällen, die eine relativische Bestimmung haben, die Nullitätsquerel in dem Zeitraume von der Hofgerichtssession an, in welcher das Urthel gesprochen worden ist, bis zur nächsten Session angebracht werden soll. Zwar glaubt der Herr Geheimerath Oelze in der Anleitung zur Praxis §. 295. not. u daß ein solches Anbringen in der nächsten Hofgerichtssession geschehen könne; allein das Wort rechtfertigen, und das vor demselben stehende hernach sprechen offenbar dagegen.

doctrinelle Auslegung zu ihrem vollständigen Sinne zu gelangen seyn. In dem in diesem Jahre erschienenen Entwurfe einer neuen Gerichtsordnung für die Chursächsischen Lande kommt dergleichen Revision der Chursächsischen Verordnungen vor t) und der Anhang unter A enthält sie. Man hat hierbey mehr Rücksicht auf das römische Recht, als auf die Reichsgesetze genommen. In jenem ist die Nullität einer Sentenz nicht als eine Gattung aufgestellt, sondern es spricht nur von Erkenntnissen, die ohne Appellation angefochten werden können und führt dabey verschiedene Fälle nichtiger Erkenntnisse an. Auf gleiche Weise sind nun auch in dem gedachten Entwurfe die Fälle angegeben, in welchen eine Sentenz nach Ablauf der zehntägigen Frist als nichtig soll angefochten werden können; zugleich aber ist verordnet, daß andere Nullitätsbeschwerden eben so, wie sonst jede Beschwerde welche eine Partey wider eine Sentenz zu haben vermeint, mittelst Einwendung ordentlicher Rechtsmittel, der Leuterung oder Appellation, binnen der zehntägigen Nothfrist vorgebracht werden sollen. Nicht zu verkennen ist, daß nur auf solche Weise die Streitigkeiten darüber, wenn und inwiefern die Nichtigkeitsquerel, als ein ausserordentliches Rechtsmittel wider Sentenzen statt finden könne, zu vermeiden sind; jedoch müssen auch alle Fälle, wo nach der Natur der Sache ein gleiches Recht statt findet, genau angegeben und diese richtig bestimmt werden.

§. 4.

t) S. 366 und folg.

§. 4.

Ich gehe nunmehr wieder zur Altenburgischen Prozeßordnung zurück, und mache, noch ehe ich auf die Verjährung jener Klage komme, einige Bemerkungen über die Fälle, in welchen nach derselben die Nichtigkeitsquerel als ein außerordentliches Rechtsmittel wider Erkenntnisse soll gebraucht werden können. Aus der Vergleichung dieser Prozeßordnung mit den übrigen, welche ebenfalls angeführt worden sind, wird sich ergeben, ob und in wiefern diese Bemerkungen auch letztere angehen. Bey der alten Chursächsischen Prozeßordnung hat man gar nicht daran gedacht, die Fälle bestimmen zu wollen, in welchen eine Sentenz nach Ablauf der zehntägigen Nothfrist als nichtig angefochten werden könne; vielmehr ist dieses dabey als bekannt vorausgesetzt und nur bestimmt worden, daß die Nichtigkeitsquerel binnen einer Sächsischen Frist und in gewissen bestimmten Fällen binnen der in Rechten nachgelassenen Frist angestellt werden solle. Undankbar scheint mir daher um so mehr die Bemühung und Untersuchung, ob in den bestimmten Fällen, bey welchen die Nichtigkeitsquerel binnen einer Sächsischen Frist angestellt werden soll, Nullitäten des natürlichen oder positiven Rechts vorausgesetzt werden, da es an sich wahrhaftig gleich viel seyn muß, ob das natürliche oder positive Recht etwas als nichtig, d. h., als ungültig und nicht bestehend ansieht u). Eben so wenig hat man dabey auf

u) Der Streit darüber, was Nullum sey, fällt zuweilen offenbar ins Lächerliche.

auf den Unterschied unter heilbarer und unheilbarer Nichtigkeit Rücksicht genommen. Abgesehen daran, daß man gar kein Datum in der Gesetzgebung findet, das Gegentheil anzunehmen; so ist auch viel später eine solche Eintheilung der Nullitäten auf dem Reichstage zur Sprache gebracht worden. Da nun selbst aus den angezeigten Sächsischen Verordnungen über diesen Gegenstand sich unwidersprechlich ergiebt, daß bey der Altenburgischen Gesetzgebung hierüber die alte Chursächsische Prozeßordnung zum Grunde liegt, und überdieß der Altenburgische Gesetzgeber nicht auf die entfernteste Art zu erkennen gegeben hat, daß, abgesehen von den Punkten, die von ihm genauer bestimmt worden sind, er im übrigen anders als jener Chursächsische Gesetzgeber gedacht und auf die Verordnung des jüngsten Reichsabschieds Rücksicht genommen habe; so muß jene Behauptung in Hinsicht auf die alte Chursächsische Gerichtsordnung, auch die Altenburgische Prozeßordnung treffen. Was für eine Idee haben denn aber wohl jene beyden Gesetzgeber gehabt, wenn sie verordnen, daß, wenn ein Erkenntniß als nichtig angefochten werden solle, dieses binnen einer Sächsischen, und in den bestimmt angegeben Fällen, binnen einer längern Frist geschehen solle? Mir dünkt, daß sie, nach der zur Zeit des Entwurfs der alten Chursächsischen Gerichtsordnung herrschenden Idee, an die Fälle gedacht haben, in welchen nach dem römischen Rechte Sentenzen auch ohne Appellation nach Ablauf der zehntägigen Nothfrist als ungültig angefochten werden kön-

können [x]). Dieses ersieht man auch sogar aus den bestimmt angegebenen Fällen. Sollte daher in der Altenburgischen Prozeßordnung nicht vielleicht auch unter dem et cet. der Fall mit gemeinet seyn, da ein Erkenntniß den klaren Gesetzen entgegen ist; so dürfte doch nicht zweifelhaft seyn, daß in demselben binnen einer sächsischen Frist eine Nichtigkeitsquerel dagegen erhoben werden könne [y]). Schwieriger aber bleibt es, ob man hiebey die von den Rechtsgelehrten beliebte Eintheilung der Urtheile contra ius in thesi und contra ius in hypothesi machen [z]), und letztere nicht als solche ansehen könne, welche innerhalb einer sächsischen Frist als nichtig angefochten werden. Die Stelle des römischen Rechts [a]), worauf sich diese Eintheilung gründet, bewährет sie in dem ihr untergelegten Sinne nicht. „Item cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronunciatur. Nam si iudex volenti se ex cura muneris, vel tutelae bene-

x) L. 19. L. 23. §. 1 D. de appellat, L. 1, L. 5 et 6. Cod. quando prouocare non est necesse, L. 1. §. 1 2 et 3. L. 2. pr. §. 1. L. vlt. pr. §. 1, quae sententiae sine appell. L. vnic. Cod. de errore calculi, L. 7. Cod. quomodo et quando iudex, Tit. Cod, si a non compet. iudice.

y) L. 1. §. 2 D. quae sententiae sine appell. rescindantur. L. 19 D. de appellationibus, pr. Institut. de officio iudic.

z) Man sehe hierüber Gönner in dem angef. 3ten Bande des Handbuchs S. 386 u. f.

a) L. cit. 1. §. 2 D. quae sententiae sine appellatione.

beneficio liberorum, vel aetatis aut priuilegii excusare, dixerit neque filios, neque aetatem aut vllum priuilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse: de iure constituto pronunciasse intelligitur. Quod si iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eam sententiam dixerit, quod negauerit eam de aetate sua aut de numero liberorum probasse: de iure litigatoris pronunciasse intelligitur: quo casu appellatio est necessaria.“ Hier werden blos Sentenzen wider das Recht selbst und wider das Recht der Partey unterschieden, unter den letztern aber solche verstanden, wobey der Richter das Factum, worauf es ankommt, nicht so annimmt, wie es wirklich ist, mithin nur aus diesem Grunde der Ausspruch den Rechten nicht gemäß ist. Sempronius, welcher eine Vormundschaft übernehmen soll, sucht zu beweisen, daß er wegen der gesetzlichen Anzahl der Kinder, oder wegen seines gesetzlichen Alters, oder wegen eines sonstigen Privilegiums von der Uebernahme derselben frey sey; allein der Richter hält wider die Wahrheit dafür, daß er das, was er zu beweisen hatte, nicht bewiesen habe, und erkennt daher darauf, daß er sie übernehmen solle. Nicht undeutlich hat hier Aemilius Macer zu erkennen gegeben, was er unter einem richterlichen Ausspruch wider das Recht der Partey verstanden wissen wolle, und hierdurch zugleich seine vorausgeschickte Beschreibung von richterlichen Aussprüchen wider das Recht selbst, contra constitutiones, contra ius constitutionis, contra ius constitutum, deutlich gemacht. Dergleichen Aussprüche sind ihm die-

diejenigen, welche auf einem falschen Rechtssatz gebauet, oder doch in so fern den Gesetzen zuwider sind, als der Richter auf das, was letztere beabsichtiget wissen wollen, gar keine Rücksicht genommen hat. Weil der Richter bey einem solchen Ausspruche das Recht für den unterliegenden Fall gleichsam abändern will; so sagt Macer mit Grund von demselben: de jure constituto pronunciasse intelligitur, und daß ein solcher Ausspruch contra constitutiones, oder wider das Recht selbst sey. Sempronius schützt vor, daß seiner vielen Kinder oder seines Alters wegen oder wegen eines besondern Privilegiums er die Vormundschaft nicht übernehmen könne; allein der Richter, ohne sich um die Anzahl seiner Kinder oder sein Alter oder die Beschaffenheit des Privilegiums zu bekümmern, verurtheilt ihn zur Uebernahme der Vormundschaft, ungeachtet die gesetzliche Anzahl der Kinder oder das gesetzliche Alter oder Privilegium keinem Zweifel unterworfen ist, oder doch diese Umstände, wenn es verlangt worden wäre, würden haben dargethan werden können.

Wenn Sempronius, ungeachtet er auf die Anzahl seiner Kinder sich berufen hat, zur Uebernahme der Vormundschaft unbedingt verurtheilt wird; so ist dieser Ausspruch den Gesetzen zuwider, weil der Richter sich darum, ob die gesetzliche Anzahl Kinder vorhanden sey oder nicht, gar nicht bekümmert hat. Eben so verhält es sich, wenn Sempronius sein Alter vorschützt, der Richter aber, ohne sich darum zu bekümmern, ihm die Uebernahme der Vormundschaft un-

bedingt

bedingt auflegt. Auch hier ist der Ausspruch den Rechten zuwider, weil der Richter gar keine Rücksicht darauf genommen hat, ob Sempronius das gesetzliche Alter habe, oder nicht. Jener beliebten Eintheilung dürfte also dieses Gesetz das Wort nicht reden. Vielleicht gewähret aber ein anderes Gesetz, worauf man sich zugleich nur beyläufig zu berufen pflegt, derselben diesen Schutz. An einem andern Orte sagt nämlich der Rechtsgelehrte Callistratus b): cum prolatis constitutionibus contra eas pronunciat iudex, eo quod non existimat causam, de qua iudicat, per eas iurari: non videtur contra constitutiones sententiam dedisse; ideoque ab eiusmodi sententia appellandum est; alioquin rei iudicatae stabitur. Wenn man dieses Gesetz so verstehen will, wie es gewöhnlich erkläret wird, so würde dennoch die Eintheilung der Sentenzen contra ius in thesi und hypothesi um deswillen falsch seyn, weil alle gerichtliche Aussprüche wider das Recht für Sentenzen der letztern Art ausgegeben werden könnten, mithin die Verordnung, daß bey einer Sentenz contra constitutiones die Nothwendigkeit der Appellation nicht eintrete, ganz unnütz und ohne alle Wirkung seyn. Man muß, wie mir dünkt, den Callistratus in Uebereinstimmung mit dem Rechtsgelehrten Macer von dem Falle verstehen, da der Richter das Factum nicht so dargestellt oder dargethan findet, als es wirklich dargestellt oder dargethan ist, und daher aus einem solchen Irrthum in Ansehung des Factums anders anerkennt, als es die angeführten Gesetze verlangen, mithin

b) L. 32 D. de re iudicata.

hin in so fern nur wider diese Gesetze spricht. In einem solchen Falle aber hat der Richter nicht sowohl de iure constitutionis, als vielmehr de iure litigantis anerkannt, und daher konnte Callistratus sagen: non videtur contra constitutiones sententiam dedisse. Ohne zu erwähnen, daß keine Data zu der Annahme vorhanden sind, als ob durch dieses Gesetz das vorher angeführte habe eine Bestimmung bekommen sollen, und abgesehen davon, daß man zwey Gesetze nicht widersprechend finden kann, wenn sie sich vereinigen lassen; so würde auch Callistratus, wenn man ihn anders verstehen wollte, sich einer gewissen Schiefheit schuldig gemacht haben. Denn er stände bey seiner Erklärung, daß der richterliche Ausspruch wider die Constitutionen und nicht wider dieselben sey, in einem Widerspruche mit sich selbst, wogegen ihn weder das videtur, noch das existimat schützen könnte. Ich glaube daher, daß die Eintheilung der Sentenzen contra ius in thesi und contra ius in hypothesi in dem gewöhnlichen Sinn bey der Frage: ob wider ein Erkenntniß eine Richtigkeitsquerel eingewendet werden könne? zu dem beabsichtigten Zwecke nicht führe, und ohne Nutzen sey. Wohl aber dürfte mit Grund behauptet werden können, daß bey Erkenntnissen wider das Recht der Parthey in der angezeigten Bedeutung der Gebrauch der Nichtigkeitsquerel eben so, wie in Fällen, wo das Gesetz, wider welches der Richter gesprochen haben soll, nicht klar ist, wegfalle.

§. 5.

§. 5.

Was die vier bestimmten Fälle anlanget, so sind ohne Zweifel die beyden ersten so zu verstehen, daß eine Partey blos auf den Grund einer falschen Urkunde oder lediglich nach den Aussagen bestochener Zeugen verurtheilt oder abgewiesen worden sey c); für bestochene Zeugen aber diejenigen zu halten, welche entweder durch Geld oder Geldeswerth, oder auch durch die Hoffnung eines irgend zu erlangenden Gewinnes oder Vortheils oder durch die Besorgniß eines ihnen bevorstehenden Schadens oder Verlustes zur Ablegung d) eines falschen Zeugnisses bewogen worden sind. Es ist also nicht hinreichend, wenn der Nullitätskläger blos das Gegentheil von dem, was wegen der Zeugenaussagen oder Urkunden für wahr angenommen worden ist, darthun will. Gleichviel aber ist es, ob die Gegenpartey selbst die falschen Urkunden untergeschoben und die Zeugen bestochen hat, oder nicht; und eben so wenig kann auf die Wissenschaft der Gegenpartey um eine solche Unterschiebung und Bestechung hier etwas ankommen. Nach dem Entwurfe der neuen sächsischen Gerichtsordnung soll die Nullitätsklage in den Fällen, da die Gegenpartey selbst die falschen Urkunden untergeschoben, oder die Zeugen bestochen, oder doch vor der Rechtskraft der vorigen Sentenz um die

c) L. 1. Cod. ex falsis instrumentis.

d) In der Königlich-Preußischen Gerichtsordnung Th. 1. Tit. 16. §. 2. S. 420 heißt es: zur wissentlichen Ablegung; ich halte aber das Wort, wissentlich, hier für überflüssig.

die Falschheit der Urkunden oder die Bestechung der Zeugen gewußt hat, ein und dreyßig Jahre sechs Wochen und drey Tage, ausserdem aber nur vier Jahre von dem Tage der Rechtskraft der Sentenz, wider welche sie gerichtet ist, gerechnet, statt haben. Da diese Bestimmung blos willkührlich ist, so kann sie bey Fällen, die nach einer der angeführten Prozeßordnungen zu beurtheilen sind, natürlicher Weise nicht beabsichtiget werden. Den Sinn der Worte, der vorherigen Sentenz, kann ich nicht völlig auffassen. Eines Theils lassen sich vorherige Sentenzen, auf die hierbey gar nichts ankommen kann und andern Theils auch Fälle denken, wo gar keine Sentenz dawider welche diese Klage eingewendet wird, vorhergegangen ist. Nach meiner Meinung ist hier der streitende Theil, welcher um die Falschheit der Urkunden oder um die Bestechung der Zeugen zur Zeit der Production gewußt oder doch noch nach erlangter Wissenschaft hiervon die Aechtheit der Urkunde, die Glaubwürdigkeit des Zeugen wider seinen Gegner in dem Prozesse zu vertheidigen gesucht hat, demjenigen gleichzuachten, welcher die falschen Urkunden untergeschoben oder Zeugen bestochen hat. Ist denn nun aber unter den Worten Gegenpartey selbst der Bevollmächtigte mit zu verstehen? Allerdings scheint es, daß man ihn mit darunter verstanden hat und daher auch hier nur die Verjährung von ein und dreyßig Jahren sechs Wochen und drey Tagen statt habe. Bey der Altenburgischen und den übrigen sächsischen Prozeßordnungen fallen diese Considerationen weg. Die beyden letztern Fälle, wo in dieser Prozeßordnung von

Ur-

Urtheln die Rede ist, welche, weil sie ohne vorgegangene Citation oder beygebrachte Vollmacht ergangen, als nichtig und kraftlos angefochten werden, haben viel Streitigkeiten veranlaßt. Ich rede zuerst von jenem Falle, in Absicht dessen es scheint, als ob unter einer Sentenz, welche ohne Citation ergangen, eine solche verstanden werde, zu deren Publication eine Partey gar nicht oder nur auf eine nichtige Art vorgeladen, und die ihr daher eben so wenig eröffnet worden ist, als sie für eröffnet angenommen werden kann. Allein ich halte eine solche Auslegung für durchaus unrichtig. Erstens kann man nach richtigen Grundsätzen nicht behaupten, daß eine Sentenz für diejenige Partey, welche zur Eröffnung derselben nicht vorgeladen und welcher sie daher auch nicht eröffnet worden ist, vorhanden sey, ist aber etwas als gar nicht existent für mich anzusehen, so ist es sonderbar die Frage aufzuwerfen: ob ein solches Unding für mich, in Ansehung meiner ungültig und kraftlos sey? Dagegen wenn ich jederzeit das, was in vermeintlicher Kraft einer solchen Sentenz, die ich weder ausdrücklich noch stillschweigend in der Folge genehmiget habe, wider mich vorgenommen wird, als null und nichtig ansprechen, denn es gründet sich auf ein Unding. Daher würde zweitens auch eine solche Auslegung wider alle Grundsätze des Rechts von der Verjährung seyn. Denn wenn keine Richtigkeitsquerel wider eine solche Sentenz denkbar ist, so kann auch von keiner Verjährung derselben die Rede seyn. Darauf, daß der streitende Theil ohne Publication der Sentenz Wissenschaft davon erlangt, kann

nichts

nichts ankommen, weil er rechtlich erwarten darf, daß ihm dieselbe gehörig eröffnet werde, und wenn sie rechtlich nicht für eröffnet angenommen werden kann, keine Verpflichtung, sie eher als eine Sentenz für sich anzusehen, vorhanden ist. Hiermit lassen sich auch noch drittens andere Gründe verbinden, warum man jene Stelle der Altenburgischen und neuen Gothaischen Prozeßordnung, welche letztere aus der erstern genommen ist, nicht buchstäblich nehmen kann. Eigentlich und richtig läßt sich nicht sagen, daß eine Sentenz, wozu eine Partey nicht vorgeladen worden und die derselben weder eröffnet worden ist, noch für eröffnet zur Strafe eines begangenen Ungehorsams angenommen werden kann, in Absicht dieser Partey ergangen sey. Wenn man so etwas hätte verstanden wissen wollen; so würde man sich schief ausgedrückt haben, gleichwohl kann man dieses bey vorhandenen Zweifel in Absicht eines Gesetzgebers nicht annehmen. Ueberdieß hat man bey jener Stelle die Erläuterung der Chursächsischen Prozeßordnung für Augen gehabt, und und gleichwohl ist hier nicht gesagt, daß Sentenzen, welche ohne Citation ergangen, nichtig seyn sollten, sondern nur von Nullitäten, die aus dem Mangel einer Citation oder Vollmacht entstehen die Rede. Kurz eine solche Sentenz, welche nicht publicirt worden ist und auch nicht zur Strafe eines begangenen Ungehorsams für eröffnet angenommen werden kann, muß erst noch gehörig eröffnet werden; denn blos abgefaßte Sentenzen können, wenn sie auch hundert Jahre in Roten liegen, für die Parteyen in keinen rechtlichen Betracht

R kom-

kommen. Eben so wenig kann man solche Sentenzen gemeint haben, zu deren Publication zwar keine Ladung ergangen ist, welche aber im übrigen gehörig bekannt gemacht worden sind; denn sonst würde der größte Theil der sogenannten Weisungen nichtig seyn. Ich bin daher der Meinung, daß jene Stelle von beyden Theilen oder wenigstens demjenigen Theile eröffnet oder für eröffnet zu achtenden Sentenzen zu verstehen sey, welche sich auf einseitig vorgenommene Prozeßhandlungen gründen, wozu eine Partey gar nicht oder doch nur auf eine nichtige Art vorgeladen worden ist. Von einer solchen Partey, kann man sagen, daß ungehört wider sie erkannt worden sey und einen solchen Fall hat man vor Augen gehabt. Sollte eine Partey zur Publication einer Sentenz, in einem Falle, wo es nothwendig war, gar nicht oder doch nicht gehörig vorgeladen worden seyn und sich dennoch die Sentenz haben eröffnen lassen; so dürfte nach Ablauf der zehntägigen Nothfrist um deswillen eine stillschweigende Genehmigung in Absicht des Fehlers der Vorladung vorhanden seyn, weil, da es in einem Widerspruche mit einander zu stehen scheint, sich eine Sentenz publiciren zu lassen und gleichwohl gemeint zu seyn, daß man erst dazu wenigstens besser vorgeladen werden müsse, um so mehr eine Verbindlichkeit vorhanden ist, sich über das richterliche Versehen binnen der zehntägigen Nothfrist zu beschweren, als der Regel nach alle Beschwerden wider Erkenntnisse binnen dieser Frist durch ordentliche Rechtsmittel angebracht werden sollen. So kann ich nun auch jene Stelle, insofern sie von

Sen=

Sentenzen spricht, die ohne Vollmacht ergangen sind, aus den vorher angegebenen Gründen, die auch hier anwendbar sind, nicht von solchen Fällen verstehen, da ein angeblicher Anwalt einer Partey zur Publication einer Sentenz auf eine hierzu nicht hinlängliche oder auf eine falsche Vollmacht oder auch ohne alle Vollmacht gelassen worden ist e). Auch in diesen Fällen existirt die Sentenz nicht für eine solche Partey. Daher kann sie noch nach dreyßig Jahren, wenn man erst alsdann vermöge derselben wider sie etwas verfügt und sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend die Sentenz genehmiget hat, sich dagegen mit der ihr nicht geschehenen Publication kräftig schützen, und die Verfügungen selbst, gleichwie das weitere Verfahren für nichtig erklären. Die Consideration, daß doch, wie bey diesem Falle vorausgesetzt wird, die Partey zur Publication der Sentenz gehörig vorgeladen worden sey, kann die Sache nur dann ändern, wenn in Gemäßheit der Vorschrift der Prozeßordnung derselben eine Abschrift in vim publicati zugefertiget worden ist f); indem solchen Falls gar nichts in Absicht der Eröffnung der Sentenz ausgesetzt werden kann. Mit Grunde glaube ich daher vielmehr behaupten zu können, daß jene Stelle von solchen gehörig eröffneten oder für gehörig eröffnet zu haltenden Sentenzen verstanden werden müsse, welche um deswillen nichtig sind, weil sie sich auf Prozeßhandlungen gründen, an welchen ein angeblicher Anwald einer Partey Theil genommen hat,

e) L. 1. Cod. quibus res iudicata non nocet.
f) p. I. c. 30. §. 4.

welcher doch die Handlung für dieselbe nicht verrichten konnte, es sey nun, daß er keine hinlängliche oder gar keine, oder eine solche Vollmacht hatte. Gleichviel ist es übrigens, ob dieses von allen oder nur von einigen Prozeßhandlungen gesagt werden kann. Hieraus folgt auch, daß ich weder der unbestimmten Meinung des Herrn Assessors Biener, noch der bestimmt genug ausgedrückten des Herrn Doctors Weiß in Hinsicht auf die angezeigte Stelle der erläuterten Chursächsischen Gerichtsordnung Beyfall geben kann g).

§. 6.

Wenn fängt die in jenen Prozeßordnungen nach Verschiedenheit der Fälle bestimmte Zeit, binnen welcher Sentenzen mittelst der Nullitätsquerel als nichtig angefochten werden sollen, zu laufen an? Vielleicht dürfte man von einer Domitianischen Frage reden und mich besonders in Absicht der unbestimmten Fälle auf die Worte der Gesetze weisen! Ich würde aber antworten, daß, wenn man letztere so verstehe, daß ohne allen Unterschied die Verjährung von der Zeit der eröffneten Sentenz laufe, man sie nicht in dem Verstande nehme, in welchem sie der Gesetzgeber habe genommen wissen wollen. Wenn sie hier von der Nullitätsquerel reden, so setzen sie ein rechtskräftiges Er-

g) Auch bey der Erläuterung und Verbesserung der Chursächsischen Gerichtsordnung hat man keine Rücksicht auf den jüngsten Reichsabschied genommen, ob man wohl bey den Deliberationen viel davon gesprochen haben kann.

kenntniß, mithin ein solches voraus, welches ohne einen andern Zeitpunkt abzuwarten, auf Verlangen des obsiegenden Theils vollstreckt werden muß. Daher heißt es in der Altenburgischen Prozeßordnung [h]. Im übrigen aber soll solche Nullitätsklage die Hülfe auf das Urtheil, so seine Kraft erreicht, nicht aufhalten; und in der neuen Gothaischen [i]: den übrigen soll solche Nullitätsklage die Hülfe auf eine Sentenz, welche ihre Rechtskraft erreicht, nicht aufhalten. Hiermit stimmt auch die alte Chursächsische Gerichtsordnung [k] überein: Wenn auch gleich solche Nullität innerhalb der nachgelassenen Frist eingewandt würde, soll doch die Hülfe auf das Urthel, so seine Kraft erreicht, hierdurch nicht suspendirt werden, und diese Stelle ist ohne Erläuterung geblieben. Für eine solche Sentenz nun, als die Gesetzgeber hier voraussetzen, ist diejenige nicht zu achten, wider welche, wenn sie nicht nach einer deutlichen und nicht zweifelhaften Vorschrift der Gesetze vor Ablauf der zehntägigen Nothfrist in die Rechtskraft tritt, eine Parthey binnen dieser Nothfrist eine Leuterung oder Oberleuterung oder Appellation eingewendet hat, welche noch nichts rechtkräftig verworfen ist; denn bis dahin kann der Richter das Urtheil nicht vollstrecken. Hieraus folgt, daß, wenn gleich nach der Verwerfung des ordentlichen Rechtsmittels

h) §. 2. des angeführten Kapitels.
i) §. 2. des angezeigten Kapitels.
k) §. 1. des angegebenen Titels.

mittels eine Partey die Richtigkeitsquerel wider eine solche Sentenz einreicht, unterdessen aber, wenn man von der Zeit der Publikation derselben rechnet, eine sächsische Frist verstrichen ist, die Richtigkeitsquerel nicht als verjährt angesehen werden kann. Schlecht würde oft eine Partey wegkommen, wenn eine solche Berechnung der vorgeschriebenen Verjährungsfrist Statt finden könnte, weil eines Theils unter der angegebenen Voraussetzung der Irrthum der Partey verzeihlich ist, und andern Theils der Richter durch Verzögerung des refectorischen Decrets absichtlich oder aus Nachläßigkeit einem streitenden Theil den Gebrauch der Richtigkeitsquerel entziehen könnte. Wenn läuft denn nun aber in einem solchen Falle die vorgeschriebene Verjährungsfrist? Nach meiner Einsicht nicht eher als von der Zeit an, da das ordentliche Rechtsmittel als rechtskräftig angesehen werden kann. Denn eher ist keine unbedingte Verpflichtung zur Anstellung der Richtigkeitsquerel vorhanden, und gleichwohl kann die Verjährbarkeit einer Klage nach den Grundsätzen von der Präscription nicht eher zu laufen anfangen. Aus einem zweyfachen Grunde können also jene Prozeßstellen nicht von einem solchen Falle verstanden werden Erstens weil, obwohl einer Parthey frey stehet, auch wider eine noch nicht rechtskräftige Sentenz die Richtigkeitsquerel anzustellen, dennoch diese Klage als ein außerordentliches Mittel gedacht wird und gedacht werden muß, mithin auch in diesem Fall die Sentenz nach Ablauf der zehntägigen Nothfrist in die Rechtskraft übergeht. Denkt nun aber der Gesetzgeber sich die-

selbe

selbe so und spricht ohne weitere Bestimmung von der Zeit, binnen welcher sie vorgestellt werden soll, so kann man nicht annehmen, daß er den Fall zugleich vor Augen gehabt habe, da auf die erwähnte Weise durch ein ordentliches Rechtsmittel die Sentenz von dem Eintritte in die Rechtskraft abgehalten worden ist. Gleichwie zweytens dieses in Hinsicht auf jene Prozeßstellen sich um so gewisser behaupten läßt, als sie ausdrücklich von rechtskräftigen Erkenntnissen reden; also haben auch die Gesetzgeber hierzu nicht einmal einen würdigen Grund gehabt. Abgesehen davon, daß sie wider einen, in der Natur der Sache liegenden, Grundsatz der Verjährung würden verstoßen haben, so hätte eine solche Tendenz auch nur Prozeßverzögerungen und Restitutionsgesuche herbeyführen können, statt Streitigkeiten zur Endschaft zu befördern; wovon, wie ich glaube, ein jeder Sachverständiger, wenn er sich die Sache concretivisch genug denkt, überzeugt seyn wird. Selten kommen übrigens allerdings solche Fälle vor, jedoch sind mir einige bekannt worden, und jenes mag wohl auch der Grundsatz seyn, warum die Commentatoren über den sächsischen Prozeß, denn der Lehrbücher will ich gar nicht erwähnen, jene Prozeßstellen ohne weitere Bestimmung buchstäblich verstanden haben.

Anhang

Anhang zu Nro. VII.

Von der Nullität der Sentenzen a).

§. 1.

1. Wenn der Richter in einer, ihn selbst oder Jemanden der Seinigen betreffenden Sache eine Sentenz abfaßt; so ist dieselbe, wenn gleich von der Gegenpartey vorher keine Einwendung wider den Gerichtsstand (exceptio froi declinatoria) vorgebracht worden ist, in so fern null und nichtig, daß sie zu keiner Zeit von ihm oder den Seinigen, welche die Sache betroffen hat, als rechtskräftig wider die Gegenpartey angezogen werden kann.

2. Unter den Seinigen werden hier seine Ehefrau, und alle diejenigen Personen verstanden, mit welchen er oder seine Ehefrau durch Blutsfreundschaft oder Schwägerschaft in auf- oder absteigende Linie, oder in der Seitenlinie bis mit dem dritten Grade nach der Civilberechnung verwandt sind: ingleichen die Personen, welche in seinem oder seiner Ehefrau Lohn und Brode stehen.

3. Die Schwägerschaft kommt jedoch nicht in Betrachtung, wenn zu der Zeit, da die von dem Richter selbst abgefaßte Sentenz publicirt worden ist, die Ehe, durch welche die Schwägerschaft entstanden ist, nicht mehr bestanden hat, und auch keine Descendenten

a) Titel 26. des gedachten Entwurfs.

denken aus derselben am Leben gewesen sind. Auch kommt nur die Erste Art der Schwägerschaft (primum genus affinitatis) in Betrachtung.

§. 2.

1. Wenn der Gerichtsverwalter in einer Sache, welche die Gerichtsherrschaft oder die Ihrigen betrifft, die Sentenz selbst abfaßt; so ist dieselbe ebenfalls in sofern null und nichtig, daß sie von der Gerichtsherrschaft, oder von demjenigen der Ihrigen, welchen die Sache betroffen hat, zu keiner Zeit als rechtskräftig, wider die Gegenpartey angezogen werden kann.

2. Die Ihrigen der Gerichtsherrschaft werden eben so bestimmt, wie die Seinigen des Gerichtsverwalters. (§. 1. n. 2. 3.)

3. Die Vorschriften dieses und des vorhergehenden Paragraphen finden auch in den Fällen ihre Anwendung, in welchen sonst der Richter zu der Abfassung der Sentenz ausdrücklich angewiesen ist.

§ 3.

1. Wenn Citationen und andere Verfügungen des Richters der Partey, an welche sie haben ergehen sollen, gar nicht oder nicht gehörig insinuirt worden sind, oder wenn der angebliche Bevollmächtigte der Partey auf eine unzureichende oder falsche Vollmacht zugelassen worden ist; so ist zwar das fernere Verfahren, bey welchem die Insinuation der Citationen oder anderer Verfügungen für richtig, und der angebliche Bevollmächtigte für gehörig legitimirt angenommen worden

ist,

ist, und die darauf gegründete Sentenz, dafern nicht die Partey, wie ihr auch nach der Sentenz frey steht das Geschehene ausdrücklich oder stillschweigend ratihabirt, null und nichtig, und sie kann sich alle Zeit auf diese Nullität berufen.

2. Wenn jedoch die Partey, welche sich auf die Nullität berufen könnte, zu der Publication der Sentenz gehörig vorgeladen, und diese Citation ihm, oder seinem richtig legitimirten Bevollmächtigten gebührend insinuirt worden, oder dafern auch bey dieser Insinuation ein Fehler vorgegangen wäre, demungeachtet die Partey selbst, oder ihr richeig legitimirter Bevollmächtigter in dem Publicationstermine erschienen ist, und zu demselben sich angegeben hat, so hat diese Partey, wenn sie sich durch die Sentenz beschwert erachtet, wider die Rechtskraft derselben ein ordentliches Rechtsmittel, binnen der dazu nachgelassenen zehntägigen Frist einzuwenden und nach Befinden bey demselben die Beschwerde wegen der Nullität an- und auszuführen. Nachher kann sie weiter auf diese Nullität sich nicht berufen.

§. 4.

1) Wenn eine unmündige oder andere Partey, welche nach der Vorschrift der Gesetze selbst vor Gerichte zu handeln nicht fähig ist, sondern von einem Vormunde vertreten werden soll, ohne den Vormund bey einer Rechtssache zugelassen, und an sie, als an eine des Vormunds nicht bedürfende Partey verfügt worden ist; so ist das Verfahren in Ansehung dieser Partey nichtig, und die wider dieselbe gesprochene Sen-

tenz

tenz kann zu keiner Zeit als rechtskräftig gegen sie angezogen werden.

2) Dafern jedoch der Unmündige, welcher das sechszehnte Jahr des Alters erfüllt hat, sich bey dem Gerichte auf Befragen ausdrücklich für volljährig angegeben hat, und nicht darthun kann, daß er dazu von der Gegenpartey, welcher seine Unmündigkeit bekannt gewesen, verleitet worden sey, so kann dieser Unmündige auf die Nullität des Verfahrens und der Sentenz sich nicht berufen.

§. 5.

1) Wenn derjenige, wider welchen nach Vorschrift der vorherstehenden vier Paragraphen die Rechtskraft der Sentenz nicht angezogen werden könnte, dieselbe ausdrücklich, oder dadurch, daß er wegen eines oder des andern ihm günstigen Punctes die Execution zu Folge der Sentenz sucht, für gültig und rechtskräftig anerkannt; so kann er auf die Nullität sich nicht weiter berufen, sondern die Sentenz ist von derselben Zeit an auch gegen ihn gültig und rechtskräftig.

2) Dieses Anerkenntniß der Sentenz ist jedoch in Ansehung der unmündigen oder andern Partey, welche selbst vor Gerichte zu handeln nicht fähig ist, sondern von einem Vormunde vertreten werden soll (§. 4. n. 1.) nur alsdann verbindlich, daferne dasselbe von einer solchen Partey nach erlangter Volljährigkeit, und nachdem sie in den Zustand gekommen ist, daß es der Vertretung durch einen Vormund nicht weiter bedarf, oder auch von dem rechtmäßigen Vormunde dieser Partey geschieht.

§. 6.

§. 6.

1). Die Sentenz, welche auf den Grund einer falschen Urkunde, oder der Aussagen bestochener Zeugen gesprochen worden, ist, der erlangten Rechtskraft ungeachtet, insofern null und nichtig, als sie auf diese falschen und ungültigen Beweismittel gegründet ist.

Unter bestochenen Zeugen werden hier nicht bloß solche verstanden, welche durch Geld oder Geldeswerth, sondern auch diejenigen, welche durch die Hoffnung irgend eines zu erlangenden Gewinnes oder Vortheils, oder durch die Besorgniß eines ihnen bevorstehenden Schadens oder Verlustes, zu der Ablegung eines falschen Zeugnisses vermocht worden sind.

3) Die Klage wegen dieser Nullität muß ausdrücklich darauf, daß die Urkunde falsch sey, oder daß die Zeugen bestochen worden, und daß sich die Sentenz auf diese falschen und ungültigen Beweismittel gründe, gerichtet seyn, und solches, soweit es auf Thatsachen beruht, und von der Gegenpartey verneint wird, im Fortgange des Prozesses, durch den Beweis dargethan werden. Es ist also nicht hinreichend, wenn der Nullitätskläger bloß das Gegentheil von dem, was in der rechtskräftigen Sentenz für wahr angenommen worden ist, ausführen wollte.

4) Wird die Nullitätsklage zugleich darauf ausdrücklich gerichtet, daß die Gegenpartey selbst die falsche Urkunde untergeschoben, oder die Zeugen bestochen, oder doch vor der Rechtskraft der vorherigen Sentenz um die Falschheit der Urkunde oder die Bestechung der Zeugen gewußt habe; so findet die Klage ein und dreyßig

Jahre

Jahre sechs Wochen drey Tage, außerdem aber nur vier Jahre von dem Tage der Rechtskraft der Sentenz, wider welche sie gerichtet ist, gerechnet, statt.

5) Ist in dem vorherigen Prozesse die Einwendung, daß das von der Gegenpartey gebrauchte Document falsch sey, oder daß die von derselben angegebenen Zeugen bestochen worden, schon ausdrücklich aufgeführt, aber rechtskräftig verworfen oder übergangen worden; so findet die Nüllitätsklage aus diesem Grunde weiter nicht statt.

§. 7.

Andere Nullitätsbeschwerden sind eben so, wie sonst jede Beschwerde, welche eine Partey wider die Sentenz zu haben vermeint, mittelst Einwendung der zulässigen ordentlichen Rechtsmittel der Leuterung oder der Appellation, binnen der geordneten zehntägigen Frist, von der Publication der Sentenz angerechnet, vorzubringen.

§. 8.

Was wegen der Execution, in Absicht auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Tit. XXV. §. 4. n. 1. 2.) ingleichen wegen der Bestrafung des Klägers, welcher durch die angestellte Restitutionsklage nichts ausführt, (Tit. XXV. §. 5.) verordnet ist, findet auch in Ansehung der Nullität seine Anwendung.

No. VIII.

Der Zunftzwang eines Handwerks geht an sich nicht so weit, daß die Unterthanen behindert werden können, Waaren, welche dasselbe verfertiget, sich von einem fremden Orte zu holen.

§. 1.

Geschichte eines Streits über einen solchen Gegenstand.

Das Tischlerhandwerk zu Altenburg erfuhr, daß der Einwohner und Fuhrmann H. einen Schrank und Tisch, eine Commode und Bettstelle von Waldenburg für sich dahin geholt habe. Er hielt dafür, daß dieses den Innungsartickeln und namentlich dem 32ten Artickel, in welchem es heißt: In der Stadt Altenburg und auf dem Lande, in der Meile, sollen keine fremden Meister, so nicht mit dem Tischlerhandwerke die Handwerksgewohnheiten halten, vielweniger ausgetretene Gesellen, Zimmerleute oder andere Störer gefördert oder ihnen/ zu arbeiten ver-

verstattet, und daher wider dergleichen fremde Meister und Störer auf den Betretungsfall in dem beschriebenen District mit Aufhebung und Bestrafung verfahren werden, — entgegen sey und trug daher bey dem dasigen Amte auf die Wegnahme dieser Sachen an. Da der Fuhrmann H.. nur die Einfuhre eines Kleiderschranks und einer Commode einräumte und dabey noch anführte, daß diese Stücke von seinem Vetter, dem Tischler R. in Waldenburg, seiner Tochter bey ihrer Verheyrathung als Hochzeit-Geschenke verehrt worden wären; so wurde ihm von dem Richter die eidliche Bestärkung dieses Anführens sowohl, als daß solcher Hausrath nur in den angegebenen Stücken bestehe, aufgelegt. Der Fuhrmann H.. bewirkte diese eidliche Bestärkung und das Gericht ertheilte hierauf folgende Weisung: daß zwar die Beschwerde der Tischler in der Hauptsache sich erledigen, nichts destoweniger aber H. zur Bezahlung der Untersuchungskosten und Vergütung der gehabten Wege und Versäumniß verbunden sey.

Eine solche Verbindlichkeit wollte nun aber der Fuhrmann H. nicht anerkennen und wandte sich beschwerend an die Altenburgische Landesregierung. Letztere hielt dafür, daß beyde Weisungen den Rechten nicht gemäß wären und dieselben für die Zukunft von nachtheiligen Folgen seyn könnten. Sie gab daher dieses und daß auf den Umstand, ob der gedachte Waldenburgische Tischler der Tochter des H. jene Stücke zum Hochzeitgeschenke gemacht habe oder nicht,

nichts ankommen könne, dem Gericht in einem, an dasselbe auf erstatteten Bericht erlassenen, Rescripte zu erkennen, sprach den Fuhrmann H. von jener Verbindlichkeit frey, compensirte jedoch die Kosten. Die Tischler, welche damit nicht zufrieden waren, schlugen einen eigenen Weg ein. Sie erklärten sich bey der Entscheidung der Landesregierung in dem gegenwärtigen Falle beruhigen, sie aber in so fern, als sie auf künftige Fälle gezogen und angewandt werden dürfte, von ihrer etwa wider sie anzuführenden Rechtskraft abhalten zu wollen, und kamen bey dem Durchlauchtigsten Herzog selbst mit einer Bittschrift ein, welche das Gesuch enthielt: sie nicht nur bey dem Inhalte des angezogenen 32sten Innungsartickels zu schützen, sondern auch demselben die höchste Erläuterung beyfügen zu lassen, daß in der Stadt Altenburg und auf dem Lande innerhalb der Meile weder innländische von ihnen nicht gefertigte, noch ausländische Tischlerwaare, so nicht auf die dasigen Jahrmärkte öffentlich gebracht würde, eingeführt, gekauft und gebraucht werden solle.

§. 2.

Gründe für den aufgestellten Satz.

Da des Herzogs Durchlaucht über das Gesuch der Tischler einen gutachtlichen Bericht der Landesregierung erforderten; so trug dieselbe in diesem Berichte nach dem geschichtlichen Theile desselben, die Gründe ihrer angefochtenen Entscheidung folgendermaßen vor:

1) Ob

1) Ob wohl die Natur und das Wesen der Privilegien, mithin auch der auf Ausnahmen von dem gemeinen Rechte zum Vortheil einer Zunft abzweckenden Innungsartickel, welche, wenn sie von dem Landesherrn bestätiget sind, die Kraft derselben haben, mit sich bringt, daß sie mit der Clausel des Verbietungsrechts verstanden werden, indem sie eine besondere Befugniß und gewisse Vorzüge geben sollen, die man nach dem gemeinen Rechte nicht hat, dieses aber sich auf keinen Fall denken läßt, wenn andere, die ein solches Privilegium oder eine besondere Concession nicht haben, des nämlichen Rechts sich sollten bedienen können; so begründet doch diese Rechtswahrheit lediglich einen Zunftzwang, welcher auch oft namentlich in den Innungsartikeln ausgedrückt wird.

2) Nach dem gemeinen Handwerksrechte giebt dieser Zunftzwang nur ein Recht, die einem Handwerk eigenen Arbeiten zu verrichten oder Waaren zu verfertigen, um zu verkaufen und zugleich andere, welche nicht zur Zunft gehören und auch keine besondere Concession deshalb erlangt haben, davon auszuschliessen; er enthält aber um soweniger das Recht, einem Dritten zu verbieten, dergleichen Arbeiten von einem fremden Orte zu holen oder bringen zu lassen a), da Innungs-Artikel, wenn sie desselben natürliche und auch gemeine bürgerliche Freyheit, sich seine Bedürfniße zu holen und

a) Auch selbst der ausländische Meister kann die bey ihm bestellten Waaren einbringen, wenn es nicht namentlich verboten ist; denn in der Natur des nicht ausdrücklich genauer bestimmten Zunftzwangs liegt kein solches Verbot.

und zu kaufen, wo er will, nicht ausdrücklich einschränken, niemals wider die Natur eines Privilegiums, und weil der Eingriff in die Freyheit des Bürgers zu stark ist, so ausdehnend erkläret werden können b).

3) Der 32ste Artickel der Innungsartickel des Tischlerhandwerks bestimmt zwar, daß in der Stadt Altenburg und auf dem Lande in der Meile, keine fremden Meister, welche nicht mit dem Tischlerhandwerke die Handwerksgewohnheiten halten, viel weniger ausgetretene Gesellen oder andere Störer gefördert oder ihnen Arbeiten verstattet werden sollen; er verbietet aber den Unterthanen nicht, von fremden Orten Tischlerarbeiten zu holen oder bringen zu lassen, und ist daher lediglich von dem nur beschriebenen Zunftzwange zu verstehen, dabey auch die ausdehnende Auslegung desselben aus den angezeigten Gründen verwerflich.

4) Auf solche Weise stellt sich das Recht des Fuhrmanns H., die befragten Tischlerarbeiten bey dem Tischler R. zu Waldenburg zu kaufen und hieher zu schaffen, als eine natürliche Folge aus jenen Rechtswahrheiten dar. In dieser Rücksicht und da diesem nach der von H. abgelegte Eid überflüssig und irrelevant, darneben jedoch der Irrthum der Tischler verzeihlich war, haben wir die Sache so, wie bereits erwähnt worden ist, zu entscheiden uns bewogen gefunden.

§. 3.

b) Ueberhaupt müßte auch eine solche statutarische Bestimmung als ein Gesetz bekannt gemacht werden. Es ist wider alle gute Ordnung, erst bey einem vorkommenden Falle einen Dritten darauf verweisen und darnach zugleich beurtheilen zu wollen; leider aber nimmt man dieses so genau nicht.

§. 3.

Ist es rathsam, dem Zunftzwange eine solche Ausdehnung zu geben?

Von den Rechtfertigungsgründen der Entscheidung gieng die Landesregierung in ihrem Berichte zu dem Gesuch der Supplicanten über, jenem Innungsarticke die gebetene Ausdehnung wenigstens für die Zukunft zu geben, fand aber bedenklich, dasselbe zu unterstützen. Denn abgesehen, daß, wie gedacht auf einer Seite dergleichen Ausdehnung der natürlichen und gemeinen bürgerlichen Freyheit sehr nachtheilig ist, und auf der andern Seite den Tischlern kein zu beabsichtigender Nachtheil, wenn sie unterbleibt, erwächst, weil wenn sie bey billigen Preisen eben so gute Arbeiten machen, als man an fremden Orten haben kann, die Unterthanen um so weniger ihre Bedürfnisse von letztern holem oder holen lassen werden, als dieses nur mit vielen Kostenaufwand geschehen kann; so ist es auch überhaupt nicht zu verkennen, daß die Beybehaltung der einmal bestehenden Zunftverfassung, gegen welche sich viele obwohl einseitig laut erklären, in der That so nachtheilig nicht ist, als man glaubt, wenn nur unter andern auch dem Zunftzwange die nöthigen Bestimmungen gegeben werden. c). Das höchste Rescript auf

c) Diejenigen, welche mit pomphaften Ausdrücken, in welchen ganz gemeine Gedanken liegen, die Aufhebung der Zünfte verlangen, erwähnen gar nicht der Inconvenienzien, die dadurch herbeygeführt werden würden, und scheinen auch überdieß die Vortheile nicht zu kennen,

auf den Bericht der Landesregierung entsprach dem gutachtlichen Antrage und lautete so: Nachdem Wir nun in Betracht der angeführten Umstände die Beschwerde des Tischlerhandwerks ganz ungegründet, die von Euch per Rescriptum gegebene Entscheidung aber den Rechten und dem Sinne des articuli 32 der Schreinerinnung völlig angemessen finden; als ist in Genehmigung Eures Antrags Unser Begehren: Ihr wollet gedachtes Schreinerhandwerk mit seinem Gesuch um weitere Ausdehnung oder Erläuterung nur gedachten Artickels und in mehr besagtes Euer Entscheidungsrescript nochmals lediglich verweisen. Gegeben Friedenstein, den 16ten May, 1788.

---

nen, welche die Zunfteinrichtung gewähret. Ihr Urtheil ist und bleibt daher einseitig. Bey der Organisation eines neuen Staats aber dürften ihre Ideen Beherzigung verdienen; gleichwie die Landesherren dadurch aufmerksam gemacht worden seyn sollten, bey der Confirmation der Innungsartickel, dieselben genauer zu prüfen, als gewöhnlich ist.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Eichmann, Johann Bernhard Christoph,

Rechtliche Bemerkungen und Ausführungen

Bayreuth 1803

Jur.opp. 19
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10571237-6